

نوادر الكتب المطبوعة

عنوان الكتاب

المنتقى شرح موطأ الإمام مالك (ج٦)

المؤلف

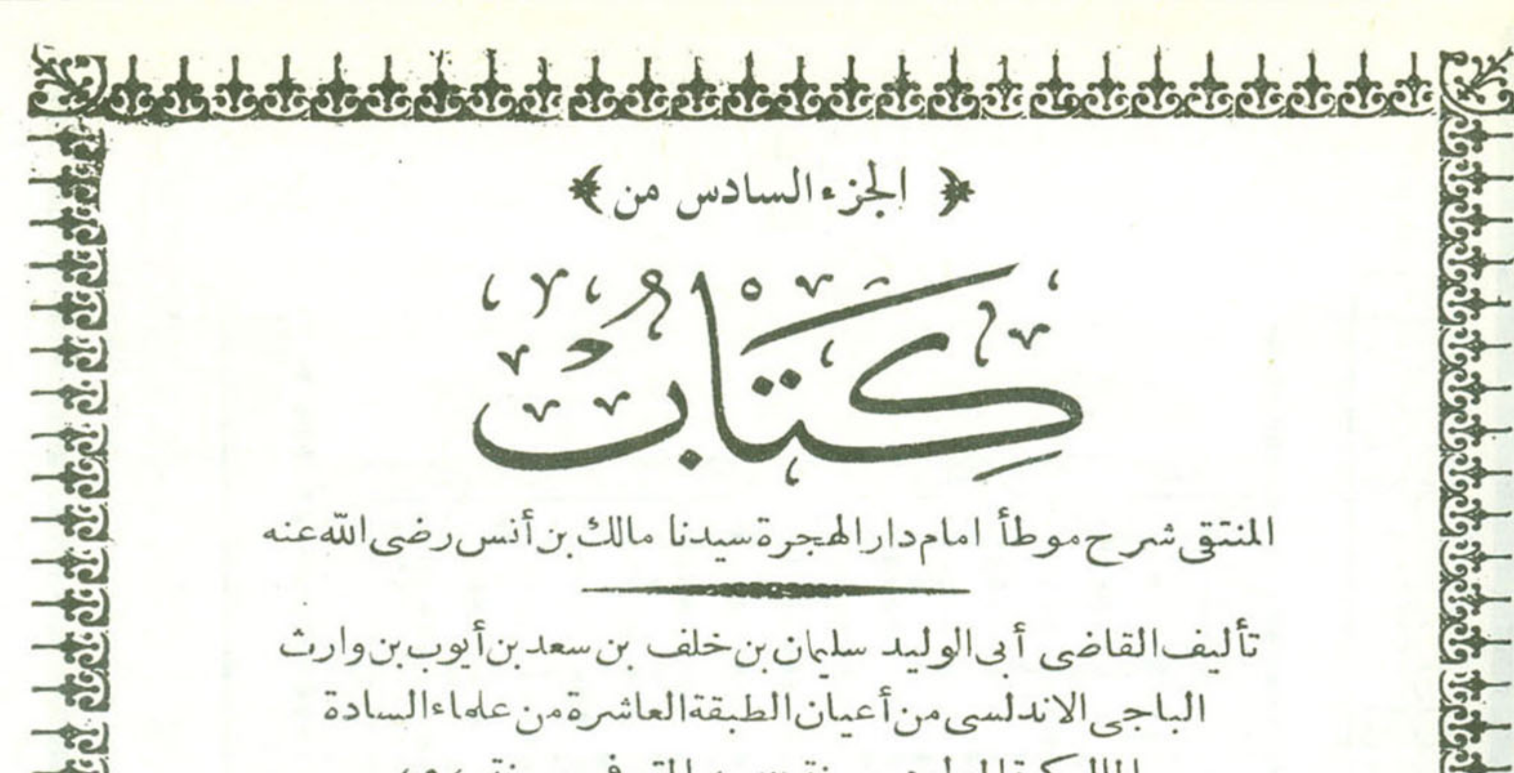
أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي

دار النشر / تاريخ النشر

مطبعة السعادة (سنة ١٣٣٢ هـ)




الإمام الباجي
المنتقى
شرح موطأ الإمام مالك



﴿ الجزء السادس من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

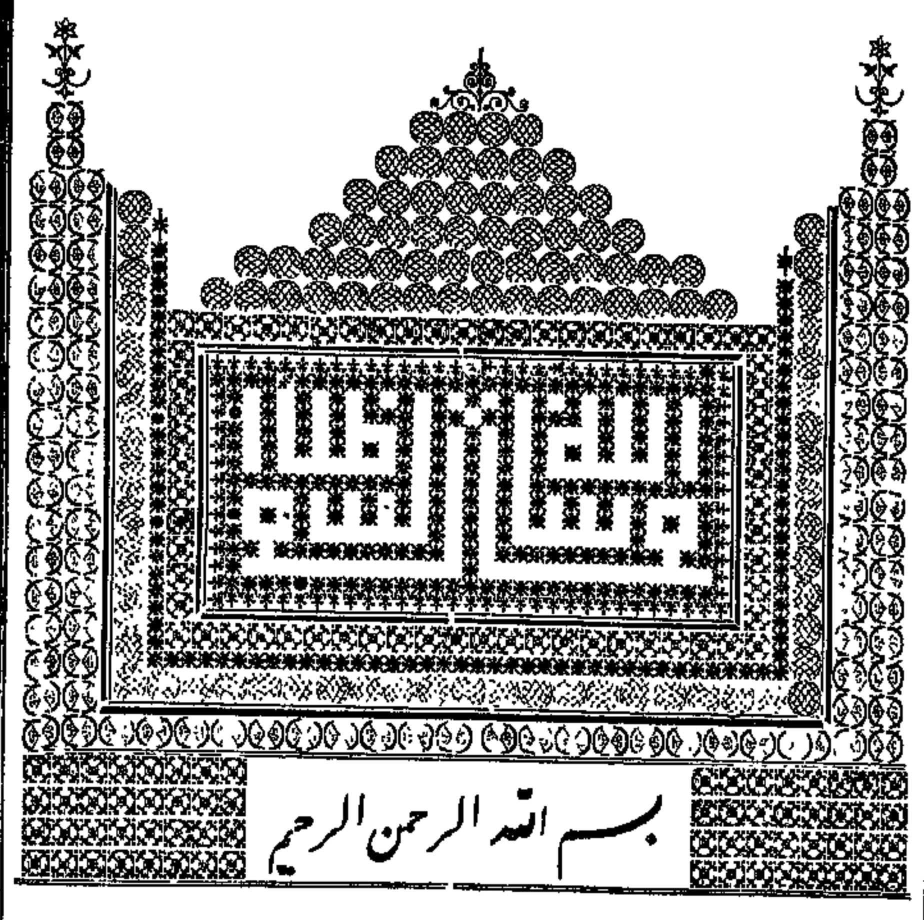
تأليف القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضى عنه

طبع هذا الكتاب على نفقة سلطان الغرب الاقصى سابقا امام زمانه وفريد عصره
وأوانه قدوة الأمراء وحجة العلماء العلامة المحقق والملاذ الاكبر المدقق فرع
الشجرة النبوية وخلاصة السلالة الطاهرة العلوية سيدنا ومولانا عبد الحفيظ
ابن السلطان مولاى الحسن بن السلطان سيدى محمد رفع
الله قدره وأدامه وأودع فى القلوب محبته واحترامه آمين

بتوكيل الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالى بالله
الآن بثغر طنجة ووكيل دولة المغرب الاقصى سابقا بمصر
على يد نجله الحاج عبد السلام بن شقرون

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر



﴿ القضاء فى المنبوذ ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبوذا فى زمان عمر ابن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أكذلك قال نعم فقال عمر ابن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ﴾ ش قوله منبوذا فجئت به عمر المنبوذ هو المطروح ويحتمل أن يجىء به الى عمر ليعلمه حاله وينفق عليه من بيت مال المسلمين ويحتمل أن يجىء به ليستفتيه فى أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه ما حملك على أخذ هذه النسمة روى أشهب عن مالك انه قال اتهمه ان يكون ولده أتى به لكى يفرض له من بيت المال * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ويحتمل عندى أن يكون سأله عن سبب أخذه له وخاف عليه ان يكون حمله على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال ويلى هو أمره ويحتمل أن يخاف التسرع الى أخذ الاطفال من غير ان ينبذوا حرصا على أخذ النفقة لهم ورغبة فى موالاتهم ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله وقد روى ابن القاسم عن مالك اذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له الا ببينة وقال أشهب يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره الا ان يتبين كذبه وجه رواية ابن القاسم انه ليست هناك شبهة تصدق دعواه وليس له أن يلحق به نسب لا شبهة له فيه ووجه قول أشهب ان له فيه شبهة الالتقاط

﴿ القضاء فى المنبوذ ﴾ * قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم انه وجد منبوذا فى زمان عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أكذلك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

وليس له نسب ثابت بغيره كالولد الملك أمه

(فصل) وقول سنين وجدتها ضائعة فأخذتها يريد انه أخذه لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذه له وان كان بعضها مكروها وبعضها مباحا وانه انما أخذه لأنه وجده في موضع يضيع فيه ان ترك فأخذه لذلك ومن وجد بهذه الصفة لزمه أخذه لأنه لا يحل تركه للهلاك وأخذه على وجهين أحدهما أن يأخذه ملتقطا لتربيه فقد قال أشهب ليس له رده وأما ان أخذه ليرفعه الى السلطان فلم يقبله منه السلطان فلا ضيق عليه في رده الى موضع أخذه ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعا لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن انه سيسارع الناس الى أخذه

(فصل) وقوله عريفه العرفاء رؤساء الاجناد وقوادهم ولعلهم سموا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن يرد السبي الى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال انا لا ندري من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن فارجعوا حتى يرفع الينا عرفاؤكم وقال علي ان عمر دون الدواوين وجعل فيها أرباعا وجعل عليهم عرفاء وقال يحيى بن مزين الارباع في جند الشام والاسباع في جند الكوفة والاخماس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوذ من عرافته هذا الرجل الجالس عند عمر فقال لعمر انه رجل صالح على معنى ان يصدقه عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الامر على غير ما رضيه من أن يأخذه للوجوه التي ظنها أن يكون انما التقطه ليفرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده فبراه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وانما ينتفي بهذا عنه ما ينافي الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له والله أعلم

(فصل) وقول عمر أكذلك على وجه التحقيق والاستثبات وقوله هو حر على وجه الاخبار له بحكمه وان اللقيط حر وفي كتاب ابن المواز ان اللقيط حر وان التقطه عبد أو نصراني ووجه ذلك انه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق (مسئلة) واللقيط على الاسلام وذلك انه لا يخلو أن يلتقط في بلاد الاسلام أو في بلاد الشرك أو في بلاد فيها الصنفان فان التقط في بلاد الاسلام فهو مسلم وان التقطه نصراني لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار وان كان ببلد الشرك فقد قال ابن القاسم هو مشرك وقال أشهب هو مسلم ان التقطه مسلم ووجه قول ابن القاسم ان الظاهر ان حكمه حكم الدار والدار للشرك فكان الظاهر ان من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما ان الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب ووجه قول أشهب ان للدار تأثيرا وللملتقط في ذلك تأثير فوجب أن يغلب حكم الاسلام وكذلك لو التقطه في كنيسة لحكم له بحكم الاسلام كما يحكم له بحكم الحرية (مسئلة) فان التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم الا اثنان أو ثلاثة فقد قال ابن القاسم ان التقطه مسلم فهو مسلم وان التقطه نصراني فهو نصراني وقال أشهب هو مسلم على كل حال وجه قول ابن القاسم ان حكم الكفر والاسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للاسلام وغالب من فيها الكفر فغلب حكم الملتقط ووجه قول أشهب ان الدار دار الاسلام ولذلك لا يسترق وانما يسكنها أهل الذمة بالجزية

(فصل) وقوله ولك ولاؤه يريد تخصيصه بذلك وذلك يقتضي كونه على دينه قال ابن المواز قال مالك ولو أعلم ان عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما خولف يريد والله أعلم أن يجعل الولاء للملتقط والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة وهو من الصحابة ولكنه

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك انه لو علم ان عمر أراد ميتاً ولونه عليه لم أخالفه لتقارب الادلة فى ذلك وترجيحها ولوان مالكا قد تأول قول عمر لك ولاؤه أى قد جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطاً فهو أحق به من غيره فان نزعه منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه قوياً على مؤنته وامساكه رد اليه قال أشهب ان كانا سواء أو متقاربين فالاول أولى فان خيف أن يضيع عند الاول فالثانى أولى به الا ان يطول مكثه عند الاول وليس اللقيط فى ضرر فالاول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانيا فقد قال أصبغ ينزع منه لئلا ينصره أو يدرس أمره فيسترقه وهذه ولاية الاسلام لا ولاية العتق لأن اللقيط مجهول النسب فولاؤه لجماعة المسلمين والى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز وبه قال الشافعى وروى عن على بن أبى طالب انه قال اللقيط حر وله أن يوالى من أحب الذى التقطه أوغيره وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة وقال النخعى ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة وبه قال أكثر الكوفيين وقال أبو حنيفة ميراثه لمن التقطه الا ان له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه فان عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه

(فصل) وقوله وعلينا نفقته يريد مؤنته فى بيت مال المسلمين ان أمكن ذلك لانه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب وخوف الضياع عليه وان تعذر الانفاق عليه من بيت مال المسلمين فقد قال مالك فى الموازية من التقط لقيطاً فعليه نفقته حتى يبلغ ويستغنى وليس له أن يطرده ووجه ذلك انه اذا أخذه ملتقطاً له فقد لزمه أمره وحفظه (مسئلة) ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه وان استأذن فى ذلك الامام قاله القاضى أبو محمد قال وكذلك لو كان له مال لا يعلم به ووجه ذلك انه من فقراء المسلمين فليس له أن يشغل ذمته بدين الانفاق عليه كسائر الفقراء (فرع) فان استلحقه أحد فقال ابن القاسم ان استلحقه ببينة أو غيرها رجع عليه بما أنفق ان كان تعمد طرحه وهو ملئ وان لم يطرحه فلا شئ على الاب وقال أشهب لا شئ على الاب بكل حال لأن هذا أنفق على وجه التطوع ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا فى المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشئ اذا طرحته قال الله تعالى فنبذناه بالعراء وهو سقيم الا انه فى عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الاطفال على وجه الاستسرار به فيلتقطه من يخاف عليه الضيعة فقال مالك انه حر ووجه ذلك انه عار من أسباب الاسترقاق فهو لاحق بالاحرار وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون انما نحملهم على الحرية لعدم معانى الاسترقاق

(فصل) وقوله ولاؤه للمسلمين يريد ان ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين وقد تقدم القول فى ذلك بما يغنى عن اعادته وقوله وهم يرثونه ويعقلون عنه على معنى تفسير المولى الذى أثبته فى حكم المنبوذ والله أعلم

﴿ القضاء بالحاق الولد بأبيه ﴾

ص ﴿ قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

﴿ القضاء بالحاق الولد بأبيه ﴾

* قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن

زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه وقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت فما رآها حتى لقى الله ﴾ ش قولها أن عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك على حسبما كان يفعله أهل الجاهلية فقد روى أن النكاح كان عندهم على أربعة أضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله وتقدمه فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له فاذا حملت منه رجع هو الى وطئها حرصا على نجابة الولد والثانى أن تكون المرأة لا زوج لها يغشاها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين فاذا استمر بها حمل دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فمن رأى تلك الراية علم انه موضع بغى فيتكرر عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى اذا استمر بها حملها قالت لبعضهم هو منك فيلحق به والرابع النكاح الصحيح فأبطل الاسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فلعل ما قال عتبة بن أبى وقاص ابن وليدة زمعة منى انما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التى أبطلها الاسلام فلما أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يقم له بينة من اقرارها لم يلحق به وأما من استلحق ولدا فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وان لم يكن له نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضا لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منه ولا يمنعه من ذلك نسب معروف وبه قال سحنون وجه القول الأول أن الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت الا باقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده فاذا لم يكن ثم نسب مانع لحق بمن استلحقه ووجه القول الثانى ان النسب انما يؤثر فيه الاستلحاق اذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح فاذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل لانه لو ثبت بمجرد الدعاوى لكثر تعرض الدعاوى فى ذلك وفسدت الأنساب (مسئلة) وأما ان ملك أمهم قبل ذلك فان ادعاهم مع بقائهم فى ملكه فلا خلاف فى المذهب انهم يلحقون به وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فيمن بيده أمة لها ولد وعليه دين محيط بماله فاستلحق الولد لحق به وتكون الأمة بذلك أم ولده ووجه ذلك ان سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه فيصح استلحاقه كما لو لم يكن عليه دين ولم يمنع الدين الاستلحاق لان الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالاقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل (مسئلة) وأما ان كان قد باعه مع أمه ثم ادعى وهو معسر انه ابنه منها فقد اختلف فى ذلك قول مالك روى عنه أشهب انه يصدق فيه وفيها ويرد اليه ويتبع بالثمن دينا وبه قال أشهب وابن عبد الحكم وروى عنه أشهب أيضا انه يصدق فى الولد ولا يصدق فى أمه ويرد اليه الولد بحصته من الثمن وبه قال ابن القاسم وجه القول الأول ان هذه حالة تصدق فى الولد فانه يصدق فى أمه كحالة اليسر ووجه القول الثانى ان عدمه بالثمن تهمة فى ارادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه الولد لا يقتضى ارتجاعه الأم ألا ترى ان ولد الملاعنة يستلحقه الملاعن ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه لأن استلحاق الولد عرا من التهمة

زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه وقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت فما رآها حتى لقى الله

لما جبل عليه الناس من نفي ما يشك فيه من النسب فكيف بما يتيقن انتفاؤه والله أعلم وأحكم
(مسئلة) فان كان مليا وقد باعها ثم ادعاه فانهما يردان اليه الآن يتهم فيها بصبابة اليها فيصدق في الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصبابة بها قال أصبغ لا يتهم في غناه سواء باعها بالولد أو ولدت عند المبتاع لما يولد لمثله وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة يمنعه ردها فمنع من ذلك وصح استلحاقه للولد لانه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة ووجه قول أصبغ انه اذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك اليمين يضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا تهمة مع الغنى لانه يرد عوضها ولو قيل في هذا يرد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم يعتقهما المبتاع فان أعتقهما ثم استلحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع فيهما ثم رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه وجه القول الأول ان الولاء نسب ثابت فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت ووجه القول الثاني ان النسب أقوى من الولاء لان الولاء مشبه به فالنسب يبطل الولاء ولو كانت الأمة انما يثبت لها الولاء في الوجهين لم يبطل الثاني الأول وكان الأول أولى (مسئلة) فاذا قلنا لا يقبل قوله في الأمة فان عتقها يثبت للمبتاع ويرجع باليمين على البائع ووجه ذلك انه مقر لها بثمنها فكان عليه أداؤه ولا يقبلان على نقل الولاء لانه لا يجوز ذلك فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته (مسئلة) وهذا كله ما لم يدعه المشتري ولدا فان ادعاه فقد قال ابن القاسم المشتري أحق به ووجه ذلك ان اليد له وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعه اياه فانما يقبل قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه ممن لم يتقدم منه تكذيب دعواه
(فصل) وعتبة بن أبي وقاص انما ادعى هذا الولد من جهة زنا في الجاهلية ومثل هذا كان يلحق به لو ادعاه بعد ما أسلم في الاسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه رواه عيسى عن ابن القاسم وفي مسئلة ولد زمعة قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا وهو ادعاء الفراش له فان أمة زمعة ادعى ابن زمعة لها الفراش ومعناه وطء أبيه لها لان الأمة تصير عند نا فراشا بالوطء أو بالاقرار به ومعنى ذلك ان من أقر بوطء أمته ثم ولدت ولدا ألحق به وان لم يقر به ومات قبل وضعه ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه وانما كان في ذلك مجرد دعوى سعد أخيه له ولا يصح استلحاق العم ابن أخ
(فصل) وقوله فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد ان كل واحد منهما ساق صاحبه لمنازعته له فيما ادعاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليحكم بينهما في دعواهما فأدلى سعد بحجته فقال ابن أخي قد كان عهد الي فيه ولم يدع بينة على ذلك وانما ادعى انه عهد اليه فيه ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمعة لانه لا طريق له الى معرفة ذلك بل الظاهر صدق سعد ولكنه انما أدلى بحجته أيضا فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فادعاه أخا ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له وانما احتج بمجرد دعواه كما احتج بمجرد دعواه فلما استوعب النبي صلى الله عليه وسلم حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق فقال هو لك يا عبد بن زمعة ولا يقتضي ذلك انه ألحقه بأبيه زمعة لانه لم يضفه اليه ولا قال هو ابن زمعة وانما أضافه الى عبد بن زمعة لانه ابن أمة أبيه ولو لم يدعه أخا لقضى له به عبدا ولكنه قد أقر بحريته واخوته فقيل له أنت أعلم بما تدعيه فيما يخصك ولا يصلح استلحاق الرجل أخا قال أشهب في كتاب ابن سحنون ومن استلحق أخا في بلاد الاسلام لم يوارثه ولا يستلحق الأخ وفي المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن شهد ان أباه كان مقرا بوطء جارية فهلك عنها أبوه وهي حامل قال

لا يقبل شهادته وحده ولا يرث معه في حظه وإنما هو عبد للورثة ولو شهد ان أباه كان أقر بولد من امرأة
حرة وورث معه في حظه خاصة مالم يكن سفيها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه
أقر بحمل جارية فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيأ من حظه ولا حظ غيره وإذا أقر انه من حرة فهو
حر فالذي كان له حق في حظه وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه لأنهما كانا كافرين وسودة أخته
مسلمة فلم ترثه ولم يذكر في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ورثه وإنما أضافه الى عبد إذ قد أقر بانه
أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحصل له بيعه ولا يثبت بذلك نسبه لان النسب انما يلحق الأب فلا
يلزمه ذلك بقول عبد الاعلى وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله
هو لك يا عبد بن زمعة انه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فأنت أعلم بقولك في ذلك فيما يخصك
وذلك لو أقر رجل بشئ في يده لصح أن يقال له انه لك بمعنى انه قد كان لك منعه فإذا أقررت به لغيرك
فأنت وذاك وقال الطحاوي معنى قوله هو لك انه بيدك لا أنك تملكه ولكن يمنع منه غيرك وقال
الطبري هو لك عبد وهذا أيضا غير صحيح ان كان يريد به بعد الاقرار وان كان أراد به قبل الاقرار
فهو على ماقدمناه وقال الشافعي معناه هو لك أخ وانه صلى الله عليه وسلم حكم به لزمعة وسيأتي ذكره
بعد ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجد فهل يصح استلحاقه في كتاب ابن سحنون عن مالك
لا يصح ذلك الا من الأب قال سحنون وما علمت بين الناس في ذلك اختلافا وقال أشهب يستلحق
الأب والجد ووجه قول مالك وابن القاسم ماقدمناه ولان كل مالا يصح استلحاقه في حياة الأب لا يصح
استلحاقه بعد موته كالأخ ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به فجاز استلحاقه له كالأب فالجد
مختلف في استلحاقه والأب متفق على صحة استلحاقه وسائر الأقارب متفق على نفي استلحاقهم فلا
يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء
(مسئلة) فإذا ثبت انه لا يستلحق الا الأب فمن أقر ان فلانا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه فانه
يشاركه في ميراث من قد توفي ممن يوجب لهما ذلك الاقرار ميراثه وذلك مثل أن يموت رجل ويترك
ولدا فيقر ذلك الولد بآخر فانه يرث معه أباه فيأخذ نصف ماترك من المال ولكن لا يثبت نسبه بذلك
ولو ترك الميت ولدين فأقر أحدهما بثالث فانه يدفع اليه ما كان يستحقه مما بيده لو ثبت نسبه ولا يدفع
الآخر اليه شيأ الا أن يكون المقر له عدلا فيحلف مع شهادته ويأخذ مما بيد الآخر حصته أيضا ولكن
لا يثبت بذلك نسبه من الميت ولو أقرا له جميعا بانه أخ لهما وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما
وهذا كله قول مالك وجمهور أصحابه ووجه ذلك انه من أقر له بالاخوة فهو مقر له بمال في يده
فيقضي عليه باقراره على نفسه ويقال له أنت أعلم بذلك ولا يقضي على الميت بالحاق نسبه به لانه
لا لحق به الا بشهادة كاملة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من قال فلان أخي أو عمي أو ابن عمي أو
وارثي فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف فان كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به فما ثبت بالبينة
أولى من دعواه وان لم يكن ثم نسب فمات المقر فالذي عليه مالك وجمهور أصحابه انه ان لم يكن للمقر
وارث مستحق لذلك فان المقر له يرثه من باب الاقرار ولا يثبت نسبه بذلك وقاله أصبغ وسحنون ثم
قال لا ميراث له لان المسلمين يرثونه وجه القول الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث
هو لك يا عبد بن زمعة وهذا يقتضي اضافته اليه على ما ادعاه وقد قلنا ان نسبه لا يثبت بذلك فلم يبق
أن يضيفه على شئ مما ادعاه الا ان يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما وهو ما فضل عن ميراث من
يثبت نسبه ووجه القول الثاني لسحنون ما احتج به ابنه وذلك انه قال انما اختلف أصحابنا وأهل

العراق فى مثل هذا الاختلافهم فى أصل المسئلة لانهم قالوا ان من لم يكن له وارث معروف جاز له أن يوصى بجميع ماله لمن أحب فلذلك جوزوا اقراره لمن ذكرنا من القرابة وأصحابنا لا يجيزون له ذلك وانما يجيزون له الثلث فقط وهذا الذى قاله ابن سحنون غير بين لان الاقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية وانما طريقه طريق الاقرار بالوارث وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح اقراره بجميع ماله ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع وهو أقوى منه كما لو أقر لرجل فى مرضه بدين يستغرق جميع ماله ثم يموت فان ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله و بطل اقراره لمن أقر له فى مرضه ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا انه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب ومما يبين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يقولون من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيأ منه الا بعد موت المقر على وجه الوصية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر الفراش عند أصحابنا هى الأمة لانها تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش ٭ قال القاضى أبو الوليد ويحتمل عندى أن يكون المراد بالفراش ما يفترش وذلك ان الوطء غالبا انما يكون على شئ يفترش فيكون معناه والله أعلم ان السيد اذا وطئ أمته فقد اتخذها فراشا وان الولد منسوب الى صاحب الفراش وهو سيد الأمة التى جعل لها فراشا وهو أحق به من غيره وقال أصحاب أبى حنيفة معنى الفراش الزوج وما قالوه غير معروف فى اللغة وقد بينت ذلك فى كتاب السراج ومعنى ذلك ان السيد اذا أقر بوطء أمة فأتت بولد لمثل ما يولد منه بعد وقت الاقرار لحق به الولد و به قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش عام فى الحرة والأمة فيحمل على عمومه الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه حرمة تثبت بعقد النكاح فثبتت بالوطء فى ملك اليمين أصل ذلك حرمة المصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر فمعناه اذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة وأما ان لم يدعه ففى المدنية ان محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم وتحملوا الى دار الاسلام فادعى بعضهم ولد زنية أيلحق به قال نعم من حرة كان الولد أو من أمة الا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة فيكون أولى به لان النبى صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقاله ابن القاسم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر العاهر هو الزانى وقال عيسى سئل سفيان بن عيينة عن ذلك فقال كان العهر فى أهل الجاهلية ظاهرا وهو الزنا وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه فهو آثم وما كان خفيا أو متخذة خدنا فلا بأس به فأنزل الله تبارك وتعالى قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن وأنزل ولا متخذات أخدان فلما جاء الاسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره فالذى ولد على فراشه أحق به وقضى صلى الله عليه وسلم بالحجر للعاهر على معنى والله أعلم يستحق بفعله الرجم لا الولد وان كان لا يرجم زانى المشركين لكنه صلى الله عليه وسلم لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص باحكام المشركين بل على سبيل العموم فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه باشد أحكامه فى الدنيا الان منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين وعلى حسب

ماتتنوع اليه الأحكام فى ذلك و يحتمل أن يريد بقوله وللعاهر الحجر أنه لاشئ له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبى منه معنى ذلك والله أعلم انه لم يثبت نسبه وانما أقر له عبد بالاخوة ولم يكن بذلك أخا لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الاخوة فيكون بذلك من ذوى محارمها ولذلك لو توفى رجل وترك ابنا و بنتا فاقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركة الأب مايستحقه من حصة الابن المقر ولم يأخذ مما بيد الأخت شيأ ولا كان لها بذلك أخا ولا ذا محرم فلا يحل له أن يدخل عليها لانه أجنبى منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذى ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون فى قول النبى صلى الله عليه وسلم احتجبى منه ياسودة دليل على أنه جعل للزنا حكما تحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة فقال لها احتجبى منه ياسودة لما رأى من شبهه بعتبة فمنعها من أخيها فى الحكم لانه ليس بأخيها فى غير الحكم لانه من زنا فى الباطن اذ كان شبيها بعتبة فجعله كالأجنبى لا يراها بحكم الزنى وجعله أخالها بحكم الفراش قالوا وماحرمه الحلال فالزنى أشد تحريما له وهذا غير صحيح لما قدمناه وهو عائد عليهم لان الحلال يؤيد التحريم فى الأخوة فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر و يحرم النكاح وهذا مما لاخلاف فى ابطاله وقال الشافعى رؤية ابن زمعة لسودة مباح فى الحكم ولكنه كرهه وأمرها بالتنزه عنه اختيارا قال أصحابه لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها وهذا أيضا ليس بصحيح لانه لو كان مباحا لما نهاها عنه وأمرها بقطع رحمه وقد أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاعة وقال لها هو عمك فليلج عليك مع ماعلم من غيرته صلى الله عليه وسلم وقال أتعجبون من غيرة سعد لانا أغير منه والله أغير منا ودخل على عائشة وعندها رجل فقال من هذا فقالت أخى من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمها من الرضاعة والشبه لا تأثير له فى الانساب وقال أبو ابراهيم المزنى يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فاعلمهم بالحكم انه كذلك يكون اذا ادعى صاحب الفراش الولد وصاحب زنى لا على انه يلزم عتبة دعوى أخيه سعد ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبد و بين ذلك بقوله لسودة احتجبى منه وهذا أصح هذه الأقوال وهو نحو ماذهبنا اليه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة تأول منها متعلق بهذا سعد وقال ابن أخى عتبة نظر الى شبهه بعتبة فلم يحكم له بذلك ولا رآه معنى موجبا لما ادعاه وقد يتشابه الناس ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب الى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعلم لمن ينسب اليه وقد قال القاضى أبو محمد فى معونته الاعتبار بالشبه فى الحاق النسب واجب ولم يبين موضع الحكم بذلك واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما قدمته واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم فى قضية هلال بن أمية ان جاءت به على نعت كذا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا مامضى من كتاب الله عز وجل لكان لى ولها شأن وهذا أيضا عندى حجة على المنع من ذلك لانه لم يحكم فى شئ من ذلك بالشبه بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله وقد يجوز أن يكون ماقالته عائشة أكد معنى احتجاب سودة منه فاما أن يوجب ذلك فلا كما لم يوجب ذلك التشابه الى عتبة وانما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن والله أعلم ولذلك ترجح

به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة ولوجب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا ان هذا من الحكم بالذرائع لما تأول فى ذلك من انه حكم بالنسب لعبد وراعى التحريم فى جنبة سودة فمنعه الدخول عليها وهذا بعيد لان هذا أولى ليس من معنى الذرائع وقد فسرنا معنى الذرائع فى البيوع وانما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الحظر على الاباحة وهو وجه قد قال به كثير من العلماء وقالوا ان ذلك كالأمة تكون بين الشريكين فانه محرم على كل منهما وطؤها تغليبا للحظر على الاباحة وما قلناه أولا أبين ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم باباحة دخوله على سودة ألا ترى ان الرجل ينفى ولده ويلاعن فينتفى عنه ويحرم بذلك دخوله على بناته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على بناته

(فصل) وقوله فما رآها حتى لقى الله امتثالا لأمر النبى صلى الله عليه وسلم وانتهاء الى حده وامتناعا مما منع منه لانه لم يثبت بينهما اخوة ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به فى أمرهما الآن يثبت نسبه

ص ﴿مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادى عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمى عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبى أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها فى بطنها فلما أصابها زوجها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد فى بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغنى عنكما الا خير وألحق الولد بالأول﴾ ش قوله ان امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا يريد كمال عدة الوفاة فذكر أيام العدة ولم يذكر الحيض غير ان قول المرأة آخر الحديث فاهريقت عليه الدماء دليل على انه كان مع الأربعة أشهر وعشر حيضة

(فصل) وقوله ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر فأتت بولد تام يريد انه لم يكن على وجه الاستسقاط لان السقط لا يختص بوقت دون وقت فلو كان سقطا لم ينكره وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه فأقل الحمل الذى لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعى والدليل عليه ما نبه عليه على بن أبى طالب رضى الله عنه من قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فاقتضى ذلك ان الحمل ستة أشهر (فرع) وأما الذى يراعى فى الأشهر قال أكثر أصحابنا ستة أشهر على الاطلاق وقال فى العتبية ابن القاسم ستة أشهر ومقدار انفصالها بالأهلة فصاعدا ومعنى ذلك أن تكون اشهر مدة الحمل على الاهلة بعضها من تسعة وعشرين يوما فان ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة ان أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى فهو للاول وان لم يكن بين وطئهما الا يوم ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم وهذا يقتضى مراعاة اليوم الواحد فى تمام ستة أشهر أو نقصها فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء فان كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم وان كان بعد الفجر لم تعتد به وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة الأشهر ذلك الوقت من آخر أيامها والله أعلم وأحكم (فرع) والستة الأشهر

* وحدثنى مالك عن يزيد ابن عبد الله بن الهادى عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمى عن سليمان ابن يسار عن عبد الله بن أبى أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها فى بطنها فلما أصابها زوجها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد فى بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغنى عنكما الا خير وألحق الولد بالأول

يعتبر آخرها بالسقط والولادة وأما أولها فوقت دخول الزوج الثانى أو السيد الثانى بها

(فصل) وقوله فأتى زوجها الى عمر بن الخطاب وذلك يقتضى انه أنكر الحمل فى مثل هذه المدة فذكر له ما أنكر من ذلك ولم يعهده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات وتكرر عليهن من ذلك فى طول العمر من المعتاد وغيره وهذا يقتضى أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتاج الى سؤال النساء ويحتمل انه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض فقالت له منهن من ادعت العلم أنا أخبرك عن هذه المرأة ان زوجها هلك عنها حين حملت تريد أول الحمل وقبل أن يقوى فأهريقت عليه الدماء تريد أنها حاضت الحيضة التى كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر فحش ولدها فى بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى انحش قال وذلك مثل البضعة تلقى على الجمرة فتنقبض وذلك الانقباض هو الانحياش وقال صاحب العين حش الولد فى البطن اذا يبس والمرأة محش

(فصل) وقولها فلما أصابها الذى نكحها وأصاب الولد الماء تحرك فى بطنها فكبر يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى اذا أصابه ماء الرجل وان ولد تلك المرأة انما كان ضعف عن الحركة وصغر لعدم الماء فلما أصابه ماء الرجل الذى تزوج أمه قوى على الحركة وكبر فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها واعتقد أنه لا يكون ولد لاقل من ستة أشهر وان سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك وكمل من الولادة ما قالته المرأة

(فصل) وقوله وفرق بينهما وقال انه لم يبلغنى عنكما الا خير يريد فرق بينهما لانه تزوج فى عدة ولا يصح عقد فى عدة ويفسخ على كل حال وقوله لم يبلغنى عنكما الا خير اظهار لقبوله عذرهما وانه لا يظن بهما الا الخير الذى بلغه عنهما وانه لو ظن بهما غير ذلك من تعمد بجهل أو علم لما سلما من العقوبة

(فصل) وقوله وألحق الولد بالأول يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثانى وصح أن يكون من الأول لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبرينى خبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتينى وهى فى ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعنى الآخر فلا أدرى من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت ﴾ ش قوله ان عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام يريد انه كان يلحقهم بهم وينسبهم اليهم وان كانوا لزنية وروى عيسى عن ابن القاسم فى جماعة يسلمون فيستلحقون أولادا من زنى فان كانوا أحرارا ولم يدعهم أحد لفراش فهم أولادهم وقد ألاط عمر من ولد فى الجاهلية بمن ادعاهم فى الاسلام الا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة لان النبى صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر ففراش الزوج والسيد أحق والالاطة هى الالحاق قال ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولادا من الزنا فليلاطوا بهم لانهم يستحلون الزنا فى دينهم فجعل ذلك باستحلالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم فاستلاط ولدا بزنا فى شركه فهو مثل حكم من أسلم فى الجاهلية وقال ابن الماجشون

* وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر ابن الخطاب بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبرينى خبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتينى وهى فى ابل لأهلها فلا يفارقها حتى تظن وتظن انه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعنى الآخر فلا أدرى من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت

لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية وروى أشهب عن مالك أنه انما يؤخذ بقول القافة فيما يلحق من الولد وأما في بغايا أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني لحق به فان عتق يوما كان ولده وورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال الا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك انهم اذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الاسلام كالنكاح الفاسد فاذا ادعى ذلك بعد الاسلام حكم له بما تقدم له منه في الجاهلية وانما يلحق به ان لم يكن مدع ثم أحق به منه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا في بلادهم اما بأن أسلموا فبقوا في بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقروا فيها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا متحملين عن مواطنهم الى بلاد المسلمين فان كانوا اقروا في بلادهم ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ان كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب وروى يحيى عن ابن القاسم في أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال ويعتبر ذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر فازالوا يتوارثون الى اليوم (مسئلة) وان كانوا متحملين عن أوطانهم فلا يخلوا أن يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا يبعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جاعة لهم عدد فتحملوا الينا ففي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك انهم يتوارثون بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين فأما النفر مثل سبعة وثمانية فلا يتوارثون قال سحنون لا أرى العشرين عددا يتوارثون فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير واختلفا في تقديره فعند ابن القاسم ان العشرين في حيز الكثير وعند سحنون في حيز اليسير (فصل) وقوله فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة أنه ولده يريد انه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولد امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التي كان يلاط ولده به ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له انه وجه أشكل به عليه الحكم في افراد أحدهما به وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون كل واحد منهما وطئ بنكاح والثاني أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا يلحق فيه النسب فأما اذا كان وطؤهما جميعا بنكاح فان أتت به لاقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للأول وان أتت به لأكثر من ستة أشهر من وطئه ففي المدونة ان وطئها الثاني قبل أن تحيض فهو للأول وان وطئها بعد حيضة أو حيضتين في عدة طلاق أو وفاة فهو للثاني (مسئلة) وأما اذا كان وطء كل واحد منهما بملك اليمين فوطئ الأول ثم وطئ الثاني بعد استبراء من الأول فان أتت به لاقل من ستة أشهر فهو للأول لانه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر وان أتت به بعد ستة أشهر فهو للثاني لانه قد وجد الاستبراء من وطء الأول ويصح أن يكون من وطء الثاني (مسئلة) وان وطئ الثاني بعد الأول دون استبراء من وطء الأول فأتت به لاقل من ستة أشهر فهو للأول رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وزاد مطرف وابن الماجشون في الواضحة سواء كان سقطا أو تاما حيا أو ميتا ولو لم يكن بين وطئهما الا يوم فأما الحمل فلا خلاف عند مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين وأما الاسقاط فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في ذلك ما تقدم وقال سحنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين ان أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها انها تعتق عليهما ويضمن المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما احتجوا عليه الأمة من أنها في ضمان البائع قبل الستة

الأشهر فكلما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده مالم تحض فهي من البائع لان الاستبراء لم يتم والمدة مختصة بالحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فان أكملت الستة الأشهر فضمانها من المبتاع وكذلك اذا ولدته ميتا كانت به أم ولد لانه قد تعذر النظر اليه لان الذي يولد ميتا لا يعلم انه لعله قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتا فلما لم يعلم ان ذلك وقت ولادته لم يدع له القافة لانه انما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في اثبات النسب فأما الولادة التي لا يعتبر بها في ذلك فلا مدخل للقافة فيه وانما يعتبر بالوقت خاصة فما كان قبل الستة الأشهر فهو للاول وما كان بعدها فهو للثاني ووجه ما قاله سحنون ان السقط لا يختص بوقت لانه قد يصح أن يكون من شهر وأقل وأكثر فلما اشتركا فيه وتعذر تمييزه والحاقه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون الامر بينهما فيضمنان الأم إذ ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر اليه حمل على أنه منهما وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وان أتت به لأكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم في العتبية تقارب الوطئان أو تباعدا والولد حي فهو الذي يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة وبه قال مالك والشافعي وروى عن عمر وابن عباس وأنس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروى عن عمر وعلي بن أبي طالب وقالوا اذا ادّعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أمه أم ولدهما فان ادعاه ثلاثة لم يكن ولدا لهم عند أكثرهم والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها تبرق أسارير وجهه فقال ألم ترى أن مجززا المدلجي قال في اقدام زيد وأسامة ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سر به والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان وضعته ميتا قال ابن القاسم في العتبية سقطا أو تاما فان كان بعد ستة أشهر فهو من المبتاع والولد له وهي أم ولده ولا قافة في الأموات وقال سحنون في السقط انه منهما على ما تقدم وقول ابن القاسم لا قافة في الأموات يحتمل أن يريد به من ولد ميتا وقد قال سحنون ان مات بعد وضعه حيا دعى له القافة إذ لا يغير الموت شخصه ولعله أراد ان الذي يولد ميتا لا يدرى متى مات (فرع) ولو مات أحد الأبوين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ورواه ابن سحنون عن أبيه ينظر القافة الى الولد والباقي من الأبوين فان ألحقوه به لحق وان لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبغ يلحق بالميت لان الميت أقر بالوطء فلولا وطء الآخر للحق به من غير قافة فاذا ابطل أن يكون من وطء الحي وجب أن يكون للميت والقولان مبنيان على أن القافة لا تنظر الى ابن ميت وقد ذكر في كتاب ابن سحنون ان القافة لا تلحق بأب ميت وقد تقدم قول سحنون انه ينظر الى الابن بعد أن يموت اذا ولد حيا وقال ان الموت لا يغير شخصه فوجه ذلك عندي ان الأب من شرط الحاق الابن به أن يدعيه فيجب أن يكون حين الالحاق به مدعيا له فاذا مات فقد عدم ذلك فلم يصح الالحاق به والابن ليس من جهة اقرار ولا انكار فجاز أن يكون حين الالحاق به حال موته وأما على قول ابن الماجشون وتعليله ان الميت من الأبوين لو كان حيا لجاز أن ينفيه عنه القافة فيصح أن يريد بذلك ان الأب لما لم يصح الالحاق به بالقافة دون دعواه لم يصح أن ينفى عنه بالقافة وتحرير ذلك والذي يتحقق منه ان ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارنا لالحاق القافة الابن به وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة ويصح أن يريد ابن الماجشون

بذلك ان الميت لاينظر اليه لان التغيير يلحقه فعلى هذا لايجوز أن ينظر الى الابن اذا مات وان كان قد ولد حيا

(فصل) وقوله فدعا عمر قائفا فنظر اليهما يريد انه نظر اليهما والى الولد ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره ويحتمل انه اقتصر عليه لتحقق جواز الحكم وقد روى ابن حبيب عن مالك انه يجزىء القائف الواحد ان كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعي وعليه جماعة أصحابنا الا ما روى أشهب عن مالك انه لا يجزىء الا قائفان وبه قال عيسى بن دينار وجه القول الأول ان هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي ووجه القول الثاني أنه يختص بسماعه والحكم به الحكام فلم يجز في ذلك أقل من اثنين كالشهادات وقد قال عيسى لايجزىء من ذلك الا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة (مسئلة) ولم يختلف قول مالك وأصحابه في القول بالقافة في أولاد الاماء وأما أولاد الحرائر فالمشهور عنه انه لا يدعى لهم القافة وجه القول الاول انه يجوز أن يشترك السيدان في ملكها ويجوز أن يشتريها الرجل ولم تستبرأ من الأول وذلك ممنوع في الحرة فلما كثرت أسباب الاشتراك في الاماء دون الحرائر اختص أولادهن بحكم القافة ووجه القول الثاني وبه قال الشافعي ان المرأة تلحق ولدها

(فصل) وقول القائف لقد اشتركا فيه يريد انه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما فضربه عمر بالدرة لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة واعتقد فيه من التقصير عن النظر الذي يلحقه بأحدهما

(فصل)وقوله فدعا عمر المرأة فقال اخبريني خبرك على معنى الاجتهاد في طلب الحق لعله أن يجد في قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به الى معرفة الحق ومثل هذا يلزم الحاكم فانه من وجوه الاجتهاد ان سئل عن الحكم قبل انفاذه ويتسبب الى معرفة الحق أو غلبة الظن من وكل وجه يمكنه ذلك فيه

(فصل) وقول المرأة ان أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظنا أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها الآخر فلا أدري من أيهما هو تريد أنه أشكل عليها أيضا الأمر لان الأول لم يفارقها الا وقد ظنت انها حامل منه ولم تتحقق الأمر ثم أهريقت عليه دماء ثم واقعها الاخر بعد ذلك فأشكل عليها الأمر لانها لعلها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء وانما رأته دفعة ولذلك لم تقل انها حاضت وانما قالت انها رأت الدم الذي يكون به استبراء ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لانه لم يستبرأ الوطء الاول ولا الثاني الى نكاح ولا ملك يمين وأما في الاسلام فاذا وطئ الثاني بعد حيضة كاملة وأتت به لستة أشهر فهو له دون الاول لان ذلك مسند الى ملك اليمين

(فصل) وقوله فكبر القائف يريد انه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله كبر كفعل الغالب الذي صح قوله وتبين فعله فقال عمر للغلام وال أيهما شئت يقتضي أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد قال ابن حبيب وكذلك قال ابن القاسم وروا عن مالك في الأمة تأتي بولد من وطء الشريكين فيقول القائف له لقد اشتركا فيه فليوال أيهما شاء وروى ابن حبيب عن مطرف بل يقال للقافة ألحقوه بأصحهما به شبها فقد اشتركا فيه ولا يترك وموالاة من أحب وقاله ابن نافع وابن الماجشون قال سحنون وقد قال لي غير ابن القاسم انه ليس له موالاة أحدهما اذا بلغ ويبقى ابنا لهما وجه القول الاول ما روى عن عمر انه قال له وال من شئت منهما ومثل هذه القضية مما يشيع وينتشر ولم يخالفه أحد من الصحابة فثبت انه اجماع ومن جهة المعنى انه لايصح الاشتراك في النسب ولذلك لم

يجز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان فى ذلك من الشرك فى النسب ويصح أن يتزوج الرجل المرأتين لما لم يؤد الى ذلك فاذا لم يوجد وجه يختص منه باحدهما رد ذلك الى اختيار الولد فوالى أحدهما وكان ابناله دون الآخر وانما يكون ذلك اذا لم يمكن إلحاقه باحدهما ووجه قول مطرف انه قد اشترك فيه الرجلان ولكن يلحق بأقواهما شبهابه فى المعانى التى توجب الالحاق فيغلب ذلك وأما التخيير فان الانساب لاتثبت به ولاتأثير له فيها ووجه القول الثالث ان النسب أصله وحقيقته يكون مخلوقا من مائه على الوجه الذى يخلق به فلما ظهر الينا انه مخلوق من مائهما وجب أن يكون ابنالهما قال وسمعت مالكا يقول فاذا قلنا انه يوالى من شاء فتى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك اذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ ان ذلك له اذا عقل وان لم يبلغ الحلم وجه القول الأول ان ذلك وقت تلزمه الأحكام ويحكم عليه باقراره ووجه القول الثانى أن هذا طريقه الاختيار فاذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالى من شاء (فرع) ومن الذى ينفق عليه الى وقت الاختيار روى عيسى عن ابن القاسم ينفقان عليه جميعا وقال أصبغ النفقة على المشترى حتى يبلغ حد الموالاة وجه القول الأول انه لما كان موقوفا لهما لم يكن أحدهما أحق بالانفاق عليه دون الآخر فلزمهما الانفاق عليه ووجه القول الثانى ان للمشترى اليد فكانت عليه النفقة (فرع) فاذا اتفقا عليه فوالى أحدهما قال عيسى لا يرجع عليه الآخر بما أنفق وقال أصبغ ما أنفق الذى لم يواله يرجع به على الذى والاه وجه القول الأول انه أنفق عليه على غير وجه السلف ولم يعتقد الانفاق عليه فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد يواليه ووجه القول الثانى انه انما أنفق عليه ليرجع به على مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما (مسئلة) فان بلغ وقال لا أوالى واحدا منهما فقال سحنون ذلك له ويكون ابنالهما ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها فلم يختص بولاء أحدهما أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولايته من غيرهما فكان ذلك لهما لانه قد ساوى بينهما كما لو والاهما ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما فى امرأة غرت رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفدى ولده بمثلهم قال يحيى سمعت مالكا يقول والقيمة أعدل فى هذا ان شاء الله تعالى ﴾ ش قوله ان عمر بن الخطاب أو عثمان على وجه الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه قضى فى امة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة يريد ان الأمة قد تغر من لا يعرف انها أمة بنفسها وتزعم انها حرة فيتزوجها فان علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم الارقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق الى أجل فان ولدها رقيق لسيدها ووجه ذلك انه ان بيع الاب فحكم الرق يلحقه فكان تبعا للامام (مسئلة) وان كان الزوج حرا وقال تزوجتها على انها حرة وقال سيدها بل على انها أمة ففى كتاب محمد الزوج مصدق ويأخذها سيدها وقيمة ولدها يوم الحكم ووجه ذلك ان الحرية الأصل وأحكامها ثابتة دون اثبات فكان القول قول مدعى ذلك دون مدعى اشتراط الرق لانه حكم طارلا يثبت الا بالاقرار (مسئلة) واذا ثبت انه تزوجها على الحرية فاستحقت بالرق فلسيدها أخذها وقيمة ولدها وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان اذ قال قضى أن يفدى ولده بمثلهم وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى وقال أبو ثور الولد رقيق ولا قيمة فيهم ووجه قول مالك ان الولد تبع للام فى الرق والحرية فمن ملك الأم ملك ولدها غير ان الأب لم يتزوجها على حرة فقد تزوج على حرية ولده فكان له شرطه وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حريتهم ومال من اشترطهم لهم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك على الأب ووجب أن يكون ذلك قيمتهم

* وحدثنى مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما فى امرأة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفدى ولده بمثلهم * قال يحيى وسمعت مالكا يقول والقيمة أعدل فى هذا ان شاء الله

يوم الحكم وبه قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقال المغيرة والدليل على ماذهب اليه مالك أنه انما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لانهم لم يكونوا في ضمان الأب ولم يكن هذا الحكم مستغنيا عن حاكم فلما احتاج الى حاكم اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم لان ذلك من تمام الاستحقاق وقال ابن المواز قد أخطأ من قال القيمة يوم الولادة ولو كان ذلك لكان عليه ذلك وان مات الولد (فرع) وان كان للولد مال حين التقويم ففي المدونة يقوم بغير ماله وقد اختلف فيه (مسئلة) وهذا اذا كان الأولاد أحياء فان كانوا قتلوا فلا شئ للمستحق من قيمتهم الا أن يكونوا قتلوا فاخذ الأب الدية فقد قال ابن القاسم للمستحق الاقل من قيمتهم أو ما أخذه السيد من ديتهم وكذلك لو ضرب بطن الأم فالقت جنينا فاخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لاشئ على الاب في شئ من ذلك كله وجه قول ابن القاسم ان هذا العوض انما أخذه الاب بدلا من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم فكان للسيد أن ينتزع من الاب ما أخذ من قيمتهم الا أن يأخذ أكثر من قيمتهم فلا ينتزعه منهم لانه لا يستحق الا القيمة ووجه قول أشهب ان القيمة انما تكون للاب بالحكم والحكم لم يدرك الولد فلم يكن للسيد حق فيهم قال محمد وقول أشهب صواب وذهب الى هذا ولا بن القاسم أن يقول ان الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لانها بدل منهم والله أعلم

(فصل) وقوله أن يفدى ولده بمثلهم قد اختلف قول مالك فمن أتلف شيأ من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن فقال مرة في ذلك المثل وقد قال ذلك فمن باع بعيرا أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك ثم استثنى المشتري البعير فان الذي استثناه شئ في جلده يريد مثله ثم قال أو قيمته والقيمة أعدل والقول الذي عليه يعتمد من مذهب مالك ان في ذلك كله القيمة وانما المثل فيما يكال أو يوزن ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل لانه أقرب الى المماثلة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يرجع على الغار بقيمة الولد وانما يرجع عليه بالمهر قاله ابن القاسم وقال الشافعي يرجع على الغار بقيمة الولد ولا يرجع عليه بالمهر والدليل على ذلك انه لم يغره من الولد وانما غره بالنكاح الذي أخذ عوضه المهر (فرع) وهذا اذا كان الغار يعلم انها أمة فزوجه منها على انها حرة وادعى أنه وليها ولو أعلمه انه ليس بولي لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشئ قاله ابن القاسم ووجه ذلك أنه ليس بعاقد على الحقيقة (مسئلة) واذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فدخل بها فقد قال مالك لا يؤخذ منها المهر وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل ووجه قول مالك ان المهر لم يدخله فساد فلذلك ثبت فيه المسمى ووجه قول ابن القاسم ان النقص بالرق قد وجد في العوض فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيبا بعيب الرق

﴿ القضاء في ميراث الولد المستلحق ﴾

ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان واحد ولا يجوز اقرار الذي أقر الا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما ان أباه الهالك أقر ان فلانا ابنه فيكون على الذي شهد للذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق لو لحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه ﴾ ش

﴿ القضاء في ميراث الولد المستلحق ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانا ابنه ان ذلك النسب لا يثبت بشهادة انسان واحد ولا يجوز اقرار الذي أقر الا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده * قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما ان أباه الهالك أقر ان فلانا ابنه فيكون على الذي شهد للذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق لو لحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه

وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما كتبنا السلام في الذي يتوفى ويترك ولدين ويترك ستمائة دينار ان لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار فان قال أحدهما ان أباه أقر لرجل انه ابنه قيل له قد أقررت له بمال فينظر الى ما في يديك مما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائتا دينار وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار فالمائة الزائدة قد أقر بها للمقر به وبهذا قال مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيأ لانه أقر له بشئ لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه باقرار أخيه وحده اذا كان ثم من الورثة من يرفعه عنه والدليل على ما نقوله ان اقراره يتضمن شيئين أحدهما النسب وهذا اقرار على غيره لانه لا يثبت بمجرد قوله والثاني اقرار بمال في يده فلزمه فيه كما لو توفى رجل وترك ولدا واحدا فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي وقاسمه المال باتفاق (مسئلة) وقال أبو حنيفة يلزم المقر أن يدفع اليه نصف ما بيده دون المنكر والدليل على ما نقوله انه انما أقر على نفسه وعلى أخيه فان المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما مما بأيديهما والذي كان يجب له بذلك من الستمائة مائتان فقد أقر له مما بيده بمائة وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده فان كان من أهل العدل وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يد المقر له غير مائة ومن يد المنكر مائة أخرى والله أعلم وقد اتفقوا انه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يد كل واحد منهما (مسئلة) ولا يخلو هذا الاقرار أن تكون التركة عينا أو عرضا فان كانت عينا فعلى ما تقدم وان كانت عرضا مثل أن يترك المتوفى عبدا أو أمة فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة ثم أقر أحد الأخوين بأخ قال ابن ميسر فهذا قد أقر بثلث العبد وثلث الأمة وقد كان للمقر قبل الاقرار نصف كل واحد منهما في الانكار فأقر في كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف وهو سدس العبد فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة وأما ثلث العبد فواجب له لان سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيأ ثم أقر انه لآخر فليسلمه اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وهو مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد وللمقر نصف هذا الذي ذكره أحمد بن ميسرة وقال أبو أيوب البصري ان قول أهل المدينة أنه يعطيه ثلث العبد الذي صار له ويضمن له سدس قيمة الأمة لانه باع ذلك بسدس من العبد وهو مقر انه لأخيه قال الشيخ أبو عمر وهذا الذي قاله أبو أيوب هو الصواب وليس فيه تخيير لان الذي أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده (مسئلة) فان مات المقر لم يرثه وانما يرثه أخوه الثابت النسب قاله سحنون في العتبية ووجه ذلك ان الاقرار لا يورث به الا مع عدم وارث ثابت النسب ولهذا المقر أخ ثابت النسب فلا يرثه المقر له قال سحنون ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه ولو مات المقر له فقد قال سحنون يرثه المقر به والمنكر له قال يحيى بن عمر يأخذ المقر من تركته بدأ مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقي بينهما لان المنكر جحده اياه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وكان عندي يجب أن ينظر الى ما كان يستحقه مما أخذه المنكر من مال أبيه لو ثبت نسب المقر له فان كانت مائة دينار أضيفت الى مال المقر له فان كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين وبقيت خمسون من مال المقر له فوقفت فان أقر به المنكر دفعت اليه وكمل بذلك وبالمائة التي كان يأخذها منه ما لو أقر به تمام نصيبه من ميراثه وذلك مائة وخمسون فانما المائة الدينار التي بقيت بيده من تركة أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أقر له الآخر استكمل حقه وثبت نسبه يريد لان الأخوين قد شهدا له بالنسب وهما

من أهل العدل ويجب على هذا اذا كان أحدهما شاهدا له أن لايثبت له بذلك نسبه مع يمينه لان النسب يثبت بشاهد ويمين ولا يستحق بذلك المال لانه قد استحقه الثابت النسب ولم يكن هناك وارث معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يقضى له بالمال لوجه الميراث ثم لايثبت له بذلك نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب انه لايستحق المال حتى يثبت له النسب بما تثبت به الانساب وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا ويأتى من يدعى انه ابنه فيقيم شاهدا واحدا فعلى قول ابن القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لايستحق شيأ وجه قول ابن القاسم انه قد ينفصل المال من النسب وكذلك اذا أقر أحد الورثة بولد واستحق مايتضمنه اقراره بما فى يده من المال ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب ان هذا المال انما يستحق من جهة النسب فاذا لم يثبت النسب لم يستحق شيأ من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق بينه ردبه فلزمه تسليمه وانما يدعى حقا ثابتا للجماعة المسلمين فلا سبيل له اليه الابعد اثبات النسب الذى يستحق به والله أعلم وأحكم

ص ﴿قال مالك وهو أيضا بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذى أقرت له بالدين قدر الذى يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء﴾ ش وهذا على ماقاله ان مسئلة الاقرار تجرى مجرى ماذكره من المرأة تقر بدين على موروثها وينكر ذلك سائر الورثة فان كانت بنتا ترث النصف فانما يلزمها من الدين بقدر ذلك وهو نصفه وان كانت زوجة ترث الثمن لان للميت ولدا أو ولد ابن انما عليها من الدين ثمنه ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن فورث الربع لكان عليها من الدين ربعه وكذلك الوارث اذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث فانما عليه أن يدفع اليه ماصار اليه زائدا على الثلث ولو كانت زوجة لها الثمن فأقرت بابن للميت لم يكن عليها أن تعطيه شيأ لان موروثها دونه ومعه لايزيد ولا ينقص فلا يؤثر اقرارها فيما بيدها وقال ابن حبيب أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما لانه لاميراث لوارث الابعد قضاء الدين فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه وأما الوارث فانه وارث مع المقر وليس بوارث قبله فلذلك أخذ منه ماينوبه وروى هذا ابن المواز عن أشهب وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس بصحيح بل أصحاب مالك على ماقاله مالك وهو الصحيح وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب وما اختاره ابن حبيب هو قول أبى حنيفة واختار ابن المواز قول ابن القاسم والدليل على صحة ماذهب اليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به ولو شهدت به بينة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين وكذلك اذا أقروا به وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث الا أن يكون الدين محيطا بالميراث فانه يؤخذ من المقر جميع مابيده لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع مابيده ووجه قول أشهب انه لو قامت بينة بالدين فلم يجد بيد أحدهما شيأ لأخذ مما بيد الآخر جميع حقه وانما استغرق مابيده ثم يرجع ذلك على أخيه بماينوبه من ذلك فكذلك اذا أقر به أحدهما وأنكره الآخر أخذ من المقر جميع حقه وتحريره ان الانكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة فاوجب له استيفاء جميع حقه ممن لايمنع الاستيفاء منه مانع أصل ذلك العدم ص ﴿قال مالك وان شهد رجل على مثل ماشهدت به المرأة ان لفلان على أبيه دينا أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لان الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

﴿قال مالك وهو أيضا بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذى أقرت له بالدين قدر الذى يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء
﴿قال مالك وان شهد رجل على مثل ماشهدت به المرأة ان لفلان على أبيه دينا أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لان الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

يحلف أخذ من ميراث الذى أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لانه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره ﴾ ش وهذا كما قال انه ان شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة ان لهذا الغريم على ابنه دينا وكان الشاهد من أهل العدل فان الغريم يحلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذى شهد له به شاهده وان كان الشاهد انما أورد ذلك على سبيل الاقرار فانه لاينافى الشهادات ويخالف ذلك المرأة فانه لايحلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيحلف مع شهادتهما فان أبى الغريم أن يحلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث ولم يحتج فى استحقاق ذلك الى يمين وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك فى حقه لزمته اليمين اذا لم يرد المدعى أن يحلف مع شاهده والله أعلم

﴿ القضاء فى أمهات الأولاد ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ﴾ ش قوله ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن على وجه الانكار لمن فعل ذلك وقوله يعزلونهن يحتمل معنيين أحدهما العزل عنهن وهو وان كان غير محرم فى الاماء فان غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفى عن نفسه ما أتت به من ولد وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطأ جاريته ويعزل فان الولد يلزمه ان لم يدع استبراء ووجه ذلك انه لايتيقن حقيقة العزل وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعر به وقال موسى بن معاوية عن ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم يلزمه الولد ووجه ذلك أن عدم الانزال متيقن ولا يصح معه ولد (مسئلة) ولو قال كنت أطأ بين الفخذين فأنزل ففى كتاب ابن المواز يلزمه الولد فى الأمة ولا يلتعن فى الحرة وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج فان الماء يصل اليه قبل التغير والاستحالة فيلحق منها الولد وهذا يبعد عندى لانه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل فى الرحم لما لزم من ظهر بها حمل حد لان من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليهما حد فيصح أن يكون الولد من غير جماع وهذا باطل باتفاق والمعنى الثانى ان مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط ولا يكاد يتحققه الواطئ فى بعض الأوقات

(فصل) والمعنى الثانى الذى يحتمله قوله يعزلونهن أن يريد باعتزالهن فى الوطء الازالة لهن عن حكم التسرى على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء وانما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحل عنه الى غيره وبماذا يكون ذلك المشهور من المذهب ان الاستبراء بالحيض وفى كتاب ابن سحنون عن المغيرة لاتبرأ منه الى خمس سنين وجه القول الأول ان الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين وان لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة ووجه القول الثانى ان الوطء المباح الذى يلحق به النسب لايبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب اليه الحل أصل ذلك الوطء بالنكاح (فرع) فاذا قلنا ان الاستبراء يبطل حكم الوطء فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه انه يجزىء من ذلك حيضة واحدة قال سحنون وهو الذى ثبت عندنا عن مالك وروى عبد الملك عن مالك ثلاث حيض واليه رجع المغيرة وجه القول الأول ان هذا استبراء فى وطء بملك اليمين فأجزأ فى ذلك حيضة واحدة كالاستبراء فى البيع والشراء ووجه القول الثانى ان الحيض اذا

يحلف أخذ من ميراث الذى أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لانه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره

﴿ القضاء فى أمهات الأولاد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا

لم يقترن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الا بثلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما يقع البراءة بها مع الانتقال الى ملك ولذلك تأثير ألا ترى أن الزوج اذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء وتتزوج بعده فتأتي بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثاني فلا يلحق بالأول ولو لم ينتقل الى ملك زوج آخر وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول (فرع) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين قال سحنون والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه وروى عبد الملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث حيض وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين وقد روى ابن مزين عن عيسى عليه اليمين اذا ادعى الاستبراء وجه الرواية الأولى ان الاستبراء معنى يثبت للسيد حكم الانتفاء من الولد فلم يلزم السيد اثباته باليمين وكان قوله فيه مقبولا لنفي الواطئ أولا ووجه الرواية الثانية ان اقراره بالوطء معنى يلحق به الولد فلم ينف عنه الا بيمين في الزوجية في الأحرار لما كان عقد النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه الا بيمين وهو اللعان فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها يقتضي انه لا يلزمه ولدها بكونها في ملكه ولكن باعترافه انه قد وطئها وهو معنى المامه بها فاذا اعترف السيد بوطء الأمة وثبت ذلك من اعترافه صارت الأمة فراشا له ولزمه كل ولد أتت به الا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم (مسئلة) فان ادعى عليه الاقرار بالوطء أو بالولد وأنكر ذلك فقد قال أشهب لا يمين عليه في شئ من ذلك كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا ووجه ذلك أن الايمان في نفي النسب لا تتعلق بمجرد الدعوى وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق (مسئلة) فان شهد باقراره بالوطء شاهد ففي كتاب ابن المواز يلزمه اليمين وفي غيره اذا أقام شاهد على اقراره بالوطء وشهادة امرأة بالولادة فلا يمين عليه وقد قيل يلزمه اليمين قال وانما تجب اليمين اذا شهدت امرأتان بالولادة وشاهد على اقراره بالوطء أو امرأة على الولادة وشاهدان على اقراره بالوطء وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضي نفي الاسترقاق فاذا شهد به شاهد لزمت السيد اليمين على نفيه كالعتق ووجه الرواية الثانية أن ههنا فصلين أحدهما الاقرار بالوطء والثاني الولادة ولم يثبت أحدهما ولو أقر بأحدهما ونفى الآخر لم يثبت به النسب فلذلك لم يلزم اليمين لضعف البينتين (مسئلة) وان لم ينكر الوطء ولكنه أنكر الولد لانه قال وجدت معها رجلا وصدقته أو ثبت الزنا بأربعة شهداء فلا ينفي الولد بذلك وان كان يعزل عنها حتى يدعي الاستبراء حكاه ابن المواز ووجه ذلك ان وطء الزنا لا يلحق به نسب فلم يكن له حكم الوطء وكان الوطء الذي يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد كما لو انفرد

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها يريد رضي الله عنه ألحقت بالسيد المقر بالوطء ومعنى ذلك ان أتت به لمدة الحمل من وقت الوطء الى وقت الاستبراء قال سحنون أجمع أصحابنا انه اذا أقر بوطء أمة لزمه ما أتت به ولو الى أقصى حمل النساء الا ان يدعي استبراء لم يمس بعده فلا يلزمه ما أتت به بعد الاستبراء الا ان تأتي به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه ووجه ذلك ان استبراء السيد منع الحاق النسب به فلا يلحق به بعده الا ولد يتيقن انه قد وجد قبل الاستبراء وذلك ان يأتي لاقل من ستة أشهر لم يلحق به

(فصل) وقوله فاعتزلوا بعد أو اتركوا اعلام لهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه ولا ينتفي بذلك ولد عنهم ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك وانما أراد به ما قدمناه ص ﴿ مالك عن

وحدثني مالك عن

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته ان عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم
يدعونهن يخرجن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد
أو أمسكوهن ﴾ ش قوله ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن بعد يخرجن يحتمل أن يريد به
الخروج والتصرف في الخدمة التي لا تتصرف في مثلها السراري تحفظا بهن فان من تسرى بأمة
منعها الخروج جملة أو منعها منه مما يتقى عليها فيه من التصرف في المواضع المخوفة التي لا يؤمن عليها
فيها وفي كتاب ابن سحنون عن مالك فيمن يطأ الجارية ثم يرسلها الى السوق في حوائجه لا بأس بذلك
والمرأة الحرة تخرج لحاجتها ومعنى ذلك الخروج المعتاد الى السوق والمواضع المأمونة التي فيها جماعة
الناس فلا يمكن الانفراد بها ولا مخادعتها وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان اذا وطئ أمة جعلها عند
صفية بنت أبي عبيد حتى يظهر بها حمل أو تحيض يحتمل أن تكون هذه الأمة تقبل ذلك ممن
لا تساكن أهله بل تتصرف بالتكسب لصنائع والعمل أو تكون مع جملة امائه في غير دار سكناه مع
زوجه صفية فاذا وطئها ضمها الى دار زوجه صفية المذكورة لأنها أحصن لهن وأمكن من التحفظ بهن
ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج فاذا وطئها منعها ذلك ولزمت هذه الدار التي يمكن
فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هي عليه من حمل أو براءة رحم بحيض فعلى هذا التأويل
الثاني يحتمل أن يريد عمر ثم يدعونهن يخرجن المنع من الخروج جملة ص ﴿ قال يحيى سمعت
مالكا يقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها وليس له أن
يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها ﴾ ش وهذا كما قال ان أم الولد اذا جنت
ضمن سيدها الجناية وليس له أن يسلمها لانه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم في جناية ولا بيع ولا
معاوضة ولا هبة ولا غيرها الا بالعتق الذي يسقط ما بقي له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف
في رقبتها وفي هذا خمسة أبواب * أحدها في ماذا تصير الأمة به أم ولد * والثاني في أنه لا يجوز أن يملكها
غيره * والثالث في حكم ما بقي له من المنفعة والتصرف فيها وفي ولدها * والرابع في حكم ما لها في
جناية * والباب الخامس في حكمها وحكم ولدها وحكم مالها اذا توفي

(الباب الاول فيما ذا تصير الأمة به أم ولد)

في كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك تكون
أم ولد بكل ما أسقطته اذا علم أنه مخلق وفيه تجب الغرة وهذا أحد قولي الشافعي وقال أشهب اذا
طرحت دما مجتمعا أو غير مجتمع فلا تكون به أم ولد فاذا صار علقة خرج من حد النطفة والدم
المجتمع وهو أحد قولي الشافعي وقال ابن القاسم في المدونة وغيرها وان لم يتبين شئ من خلقه اتفق
النساء انه ولد مضغة كان أو علقة أو دما وجه القول الاول ما رواه ابن وهب عن مالك انه لا يحكم بما
يرخيه الرحم بأنه ولد الا اذا ظهر خلقه وصورته وهو الذي اختار الطبري أن يكون معنى مخلقة
مصورة واليه ذهب الشافعي وأما الدماء فقد ترخيها حيضا وغيره فلا يكون ذلك دليلا على الولد
وقد قيل ذلك في قوله تعالى مخلقة وغير مخلقة فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة وروى
عن ابن مسعود سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو الصادق المصدق يجمع خلق أحدكم
في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ثم يبعث الله ملكا
فيقول أكتب عمله وأجله ورزقه وشقي أو سعيد وقال ابن عمر اذا وقعت النطفة في الرحم بعث الله
ملكا فيقول يارب مخلقة أو غير مخلقة فان قال غير مخلقة مجتها الارحام دما وان قال مخلقة قال يارب

نافع عن صفية بنت أبي عبيد انها أخبرته أن عمر ابن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد أو امسكوهن * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها

ماصفة هذه النطفة أذكر أم أنثى ما رزقها وما أجلها فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة فما كان مما ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد وليس بولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب ان الدماء قد ترخيها الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستحاضة فلا يكون شئ من ذلك ولدا وانما يكون الولد المضغة لانه لا يبلغ هذا الحد الا بما يكون ولدا ووجه قول ابن القاسم انه قد يعرفه النساء بكثرته وأحواله فاذا كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال لها لم تلدى هذا الولد ففى كتاب ابن المواز قال مالك هذا لا يخفى على الجيران وقال مرة أخرى وهى مصدقة وقال فى موضع آخر هو بها لاحق وان لم يعرف الجيران منها حملا ولا ولادة ولا طلقا اذا كان معها الولد وان لم يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق الا بامرأتين عادلتين على الولادة ولا يلزمه بواحدة الا اليمين عند أشهب

(الباب الثانى فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها)

هو مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين وقد تقدم فى تفسير حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغنى عن اعادته والدليل على ذلك اجماع الصحابة روى الشعبى عن عبيدة السلمانى قال خطبنا على بن أبى طالب فقال رأى أبو بكر رأيا ورأى عمر رأيا عتق أمهات الأولاد حتى مضيا لسبيلهما ثم رأى عثمان ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهن فى الدين فقال عبيدة فقلت لعلى رأيك ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى الجماعة أحب الينا من رأيك بانفرادك فى الفرقة فقبل منى وصدقنى فوجه الدليل انه أخبر ان رأى أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهن كان فى وقت جماعة ولم يخالفوا فيه فثبت انه اجماع ووجه آخر أنه قال رأيى فى بيعهن فى الدين خاصة فهذا يقتضى انفراده بهذا القول ثم صدقه وقبل منه فى اثبات القول الاول فتجدد بذلك الاجماع أيضا فى زمن على رضى الله عنه وبه قال سحنون ولما كشف عن أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يبعن فى دين ولا يعتقن من ثلث وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بحديثه عبد الملك وقال مالك انه حدثه ابن المسيب قال ان عمر أعتقهن ومن جهة المعنى ان الامة اذا حملت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو فى حكم عضو من أعضائها ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها ولا تفرد بالبيع دونه فسرى اليها حكم الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها ودليل آخر من جهة القياس انها حملت بحر فمنع ذلك بيعها أصله اذا أراد بيعها وهى حامل (مسئلة) وسواء كان عليه دين يحيط بماله أو لا دين عليه فى ثبوت هذا الحكم لها وهذا اذا كان السيد حرا مسلما فان كان غير حر ففى كتاب ابن المواز قال محمد وأحب الى فى ذلك فى أم الولد المكاتب والمدبر ان عتق وهى فى ملكه أن تكون به أم ولد وان لم يكن لها الآن ولد كان ما تقدم لها سقط أو ولد وذكر ابن سحنون عن أبيه وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك فى المكاتب دون المدبر قال والفرق بينهما ان للسيد انتزاع أم ولد المدبر عند مالك وان لم تكن حاملا يريد دون المدبر وليس ذلك له فى المكاتب وأيضا فليس للمكاتب بيعها باذن السيد الا أن يخاف العجز وللمدبر بيعها باذن السيد وقال أشهب وعبد الملك لا تكون أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل وان ولدته بعد تمام الحرية فى الاب الا أن للولد حكم الاب وقال القاضى أبو محمد فى أم الولد المكاتب خلاف لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من غير دين وهذا يدل على انها لا حرية لها بالاستيلاد وقول آخر انه ليس له بيعها الا أن يرهقه دين قال

فوجه الرواية الاولى ان حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالاداء و يرق بالعجز فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد و جاز له بيعها ووجه الرواية الثانية انه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة

* قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه الرواية الاولى عندي ان ملك سيدها لم يكمل فلم تحصل أم ولد باستيلادها في تلك الحال كالامة للعبد القن ووجه الرواية الثانية ان سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد عتقه فيثبت لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبتل (مسئلة) وأما أم الولد المدبر فقد تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد فيها عن مالك روايتان احداهما ثبوت الحرمة لها والثانية نفيها عنها و وجه ثبوتها انه يبيع لابنه في عقد العتق الذي يثبت له فوجب أن لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب ووجه الرواية الثانية ان أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به سيده من ماله فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا قلنا تثبت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيده انتزاعها منه حاملا كانت أو غير حامل فاذا نفينا عنها حرمة الاستيلاد فان للسيد انتزاعها قولا واحدا لأن الولد داخل في تدبير أبيه ومثل هذا يتوجه من الخلاف في أم ولد المعتق الى أجل لأن محمدا قال ان قول مالك قد اختلف في انتزاع أم ولده منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما تكون أم ولد بما تلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو العتق المؤجل فان ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر الا أن يملك المكاتب ما في بطن أمته الحامل في الكتابة فانها تكون به أم ولد وقال أشهب وعبد الملك انما تكون أم ولد بما تلده لستة أشهر من يوم عتق أمه ولا تكون أم ولد بما تلده لأقل من ذلك قالا لأن الولد لم يملكه الاب وقد جرى منه فيه لغيره حرية فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الاب (مسئلة) وانما تكون أم ولد اذا حملت بملك اليمين فاذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح فلا تكون بذلك أم ولد وقال أبو حنيفة ان اشتراها الزوج بعد ان ولدت فانها تكون به أم ولد والدليل على ذلك أنه سبب عتق لم يحصل لها بالولادة فلم يحصل لها بالشراء كعقد الكتابة والتدبير (مسئلة) وأما اذا حملت بنكاح و ولدت في ملك اليمين كالرجل يتزوج الامة فتحمل منه ثم يشتريها وهي حامل فلا يخلو أن تكون الامة لأبيه أو لغيره فان كانت لأبيه لم تكن به أم ولد لأنه قد أعتق على جده ولم يملكه أبوه وقد قال محمد فيمن اشترى زوجته بعد أن أعتق السيد ما في بطنها ان شراءه جائز وتكون بما تضع أم ولد لأنه انما أعتق ابنه بالشراء ولم يصبه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع لأنه يباع عليه في فلسه و يبيعه و رثته قبل الوضع ان شاؤا ان لم يكن عليه دين والثلث يحملها ولو ضرب بها رجل فألقت جنينها فانما فيه ما في جنين أمة ولو كان بعد ان اشتراها الزوج فانما فيه جنين حرة (مسئلة) فان كانت لغير أبيه فانها تكون أم ولد لأنه قد ملك ابنه فعتق عليه فهذا قد حملت به أمه في النكاح ووضعته في ملك اليمين وقال الشافعي لا تكون به أم ولد والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعته في ملك اليمين فكانت به أم ولد كما لو حملت به في ملك اليمين

(الباب الثالث في حكم ما بقي له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها)

وذلك ان السيد بقي له في أم ولده الاستمتاع و روى ابن المواز عن ابن القاسم ليس للرجل في أم ولده ان يمتهنها في الخدمة وان كانت دنية وتبتذل الدنية في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرفيعة وقال القاضي أبو محمد استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال أبو حنيفة والشافعي له فيها الخدمة والاستمتاع

* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو الاظهر عندي لأنه المقصود من ملكها وهي باقية على حكم

ذلك الملك وانما منع من تمليكها غيره ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمها الان كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الام و وجه ما تعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة من بيعها ولا تعتق في ثلثه فلم يكن له استخدامها كالحرة (مسئلة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده قال الشيخ أبو بكر انما كره مالك ان يزوج الرجل أم ولده لانه ليس له فيها الا الاستمتاع دون سائر المنافع فكره له أن يزوجها وان رضيت * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها الا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب قال ابن حبيب يكره له أن يزوجها الا أن يخاف عليها وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك (فرع) فان زوجها فقد قال ابن القاسم في المدونة لا أفسخه وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجها والدليل على ما نقوله انه ولي لها فجاز انكاحه لها كالو نفذ عتقها وكل (مسئلة) واختلف قول مالك في اجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب في الواضحة له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه قول مالك وثبت على انه لا يزوجها الا رضاها وجه القول الاول انها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين فملك اجبارها على النكاح كالأمة القن و وجه القول الثاني انها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها واجارتها فوجب أن يمنعه اجبارها على النكاح كالمكاتبة وقد قال الشافعي بالقولين جميعا (مسئلة) وعلى السيد الانفاق على أم الولد فان أعسر فهل تعتق عليه للاعسار بالنفقة أم لا وفي كتاب الرق لا تعتق عليه و به قال جماعة من القرويين وقال أبو بكر بن اللباد سألت عنها يحيى بن عمرو قلت له تعمل وتنفق على نفسها قال لى ان لم يكن في نفقتها ما يكفيها قال يحيى بن عمر أرى أن تعتق قال أبو بكر وكذا قال أشهب ورواه عنه الأندلسيون وقال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه اذا أعسر بالنفقة أو غاب ولم يترك مالا ينفق له عليها وجه القول الأول ما احتج به القرويون انها تتوصل الى تحصيل نفقتها مع ابقائها على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها وبهذا فارقت الزوجة فانها لا تتوصل الى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقائها على ملكه ووجه القول الثاني انها بقيت على الرق فجاز أن يزول ملكه عنها بالاعسار كالأمة وأيضا فانه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة (فرع) ولو غاب عنها سيدها فلم يترك ما ينفق عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه ولا يزوجها الحاكم لان زواجها مكروه ولا يؤمر به السيد فكيف يؤمر به الحاكم وقال غيره من القرويين تزوج عليه ان كان غائبا و يزوجها هو ان كان حاضرا وعجز عن الانفاق عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع في حكم مالها في حياته)

فان للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض لانها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة ويبيح له الاستمتاع بها فكان له انتزاع مالها أصل ذلك الأمة حال الرق وليس له انتزاع مالها اذا مرض على ما في المدونة وقال القاضي أبو محمد اذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له اخراج ماله في المرض المخوف ابقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق الى أجل لسيده أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت انسان فانه لا يملك انتزاعه منه في مرضه كالوارث (مسئلة) وان أفلس السيد ففي المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده ولا أن يجبروا السيد على ذلك وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه ووجه ذلك ان انتزاع مال أم الولد يملك لما يملكه باختياره ليقضي به دينه وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية

(الباب الخامس في حكمها وحكم مالها بعد موته)

أما حكمها بعد موته فانها تعتق بموته من رأس ماله وان كان عليه دين يحيط بماله فانها حرة وهذا اذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما اذا توفي وهي حامل ففي العتبية عن أشهب عن مالك وفي الواضحة عن مطرف أنه ان كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال اذا ظهر واستوفي تمت حرمتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول ان الموجب لكمال حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد وقد وجدا فوجب أن يحكم بكمال حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وان كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره ووجه القول الثاني ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل الا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) فاذا توفي السيد فان أم الولد تتبع لها لان كل معتق يتبعه ماله لانه خارج من ملك الى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده وأما ما كان لها من حلي أو متاع ففي العتبية من سماع ابن القاسم انه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب اذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها في حياة السيد وان لم يكن لها بينة على أصل العطية ومعنى ذلك عندي أن ما كان في ابتذالها ولبسها فهو الذي يكون لها منه ما لا يستنكر لان ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضي انه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم انه يقصد به الهبة وانما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له فان عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأي وجه فانه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتبية ما أعطاها سيدها من حلي وثياب فذلك لها اذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة وان كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلي والملحاف والثياب التي على ظهرها فذلك لها يريد مما يعلم أنها تستغني عنه في لباسها وابتذالها فذلك لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت الا ببينة والله أعلم

(فصل) وقوله اذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير في قوله بينها راجع الى الجناية وفي قوله قيمتها راجع الى أم الولد الجانية يريد انه يلزمه أن يفتديها بالأقل من ارش جنايتها أو قيمتها لانه لما لم يكن له أن يملكها غيره لم يكن له أن يسلمها ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بارش الجناية أو يسلمها بقيمتها لانها بدل منها عند تعذر اسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك في تقويمها فقال أشهب في الموازية خالفني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد وانما عليه قيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وانما عليه قيمتها يوم الحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقوم فهل تقوم بمالها أو بغير مالها قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقي عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها وأنا أرى أن تقوم بمالها وبه قال المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول ان الأمة الجانية اذا لم تسلم لتملكها المجني عليه لم يكن للجناية بها تعلق بمالها ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقتص منه فان ماله يبقى لسيده ولا خلاف في ذلك في قول أصحابنا ولو عفا عن قتله وأسلمه لهلاك ففد اختلف فيه قول ابن القاسم فمرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعا له فلما كانت أم الولد اذا جنت لم تسلم لم تتعلق الجناية بمالها ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حية لقومت لمنعنا أسلمت لاسلمت بمالها فكذلك اذا قومت وجب أن تقوم بمالها (مسئلة) ولو ماتت أم الولد بعد ان جنت فتركت مالا

ففي المجموعة عن ابن القاسم لاشيء للمجروح من مالها لانها لو كانت حية لقومت بغير مالها وقال عبد الملك ان كان مالها عبدا أدى منه الارش فان لم يف لم يكن له غيره وان كان عرضا خير سيدها في فدائه أو اسلامه وكل واحد منهما يبنى على أصله فان ابن القاسم يقول تقوم بغير مالها فلا تتعلق عنده الجناية بمالها وابن الماجشون يقول تقوم بمالها فان الجناية متعلقة بمالها فان عدمت أم الولد فقد بقى مالها والجناية متعلقة به

(فصل) وقوله ليس له أن يسلمها يريد انه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى باسلامها كما يفعل ذلك في الأمة بل يجبر على أن يفتديها على الوجه الذى قدمناه لان في اسلامها تمليكا لها وذلك ممنوع كالبيع والهبة

(فصل) وقوله وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها يريد ان كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها لم يلزمه الا قيمة أم الولد دون مازاد على ذلك من قيمة الجناية وهذا اذا كانت جناية واحدة فان تكررت جناياتها فان تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية ومابعدها حكم الأولى على ماقسمناه وان جنت جنايات قبل القيام عليها ثم قام المجنى عليهم ففي المدنية من رواية محمد عن مالك ليس عليه الا قيمتها لجميع الجنايات وان كان ارشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات ووجه ذلك ان الحكم فيهما لما كان حكما واحدا كان حكم جناياتها حكم جناية واحدة ألا ترى ان الأمة لو جنت جنايات لم يكن على سيدها الا أن يسلمها وبهذا قال أبو حنيفة وهذا أحد قولى الشافعي وله قول آخر ليس عليه في كل جناية تجنيها الا قيمة واحدة فان جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة ثم ان جنت أخرى تشارك الأول والثانى في القيمة الأولى فرجع الثانى على الأول في حصته منها وكذلك ماجنت والدليل على مانقوله ان ماقاله يقتضى ان المجنى عليه لا يملك الارش أبدا لانها كلما جنت رجع عليه فيما أخذ وهى في غير ملكه والعبد اذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجنى عليه أولا جناية كالعبد القن (مسئلة) وليس على العاقلة شيء من جناية أم الولد لانها أمة ولا تحمل العاقلة الا جناية الأحرار وقال أبو يوسف ان لم يفتدها السيد أعتقناها عليه وجعلت دية قتيلها على عاقلتها وهذا غير صحيح وانما يعتبر تحمل العاقلة عنها بحالها يوم جنايتها وهى يوم جنايتها أمة وقد أجمعنا على ان الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تحمل العاقلة ديتها (مسئلة) ولا يرجع على أم الولد اذا أعتقت بشيء من جنايتها وذلك اذا أقيم عليها بعد الجناية فحكم على السيد بالقيمة وهى أقل من ارش الجناية ثم عتقت فلا يرجع عليها بشيء لان جنايتها انما تعلقت بعينها دون ذمتها وأما اذا جنت جناية فقبل أن يقوم المجنى عليه توفى سيدها فعتقت بموته ولها مال قال ابن كنانة في المدنية وان كان لها مال ولا مال للسيد لم يؤخذ منها شيء قد وجب على السيد ولم يبين هل قيم على السيد أم لا

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق * قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهى له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ﴾ ش ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهى له احياء الأرض في هذا الحديث والله أعلم عمارتها وموتها تبورها وعدم

﴿القضاء في عمارة الموات﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق * وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهى له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرث والبنيان وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها وتعذر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيي الأرض بعد موتها ان ذلك لمحيي الموتى وهو على كل شئ قدير وقد قال أبو حنيفة كل ماقرب من العمران فليس بموات ومابعد منه ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن سحنون عن ابن القاسم ان ماقرب من العمران لايدخل في الحديث فيحتمل أن يريد ان اللفظ عام فيمن أحيا مابعد وقرب فخص منه من أحيا ماقرب بدليل ظهر اليه فثبت بذلك ان المراد به مابعد ويحتمل أن يريد ان لفظ الأرض لما ورد منكرا لم يقتض العموم وانما أريد به مابعد دون ماقرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف انه لايجوز احياؤه الا باذن الامام وعندي أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ماروى عنه سحنون من قوله المعروف وقد روى ابن سحنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في فيافي الأرض ومابعد من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل مايحتمله قول سحنون فثبت بذلك ان الذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على انه لايجوز الاحياء فيما قرب من العمران وان أذن فيه الامام على وجه التمليك بالاحياء وان جاز أن يملكه الامام على وجه الاقطاع وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم ماقرب من العمران لايحييه الا بقطيعة ونحوها روى عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافعي مالم يملكه أحد في الاسلام ولاعمر في الجاهلية عمارة ورثت في الاسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحياها فهي له يقتضي ظاهره ملكه لها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التي تملك بالاحياء * والباب الثاني في صفة المحيي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الاحياء * والباب الرابع في حكم ما أحيي من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الارض الموات والابراز في البيع والقسمة وغير ذلك

(الباب الاول في صفة الارض التي تملك بالاحياء)

قال سحنون في المجموعة الارض على ثلاثة اضرب عنوة أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها فاما العنوة فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل ولاجرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحياها كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتا لم يعمل ولاحيز بعمارة فهي لمن أحياها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فانها على ما أسلموا عليه وهو تملك على وجهين أحدهما أن تكون محدودة ولها مالك معروف مخصوص والثاني أن تكون من الاودية والمراعي ليست بمحدودة ولها مالك معين وقال في موضع آخر انها لاتملك حقيقة الملك وانما هي للمرافق والمنافع فما كان من أرض الاعراب على غير هذين الوجهين فهي لمن أحياها وعندي ان هذا التقسيم لايحتاج اليه الا لمعنى التفسير لان حكمها فيما ذكره واحد ووجه ذلك ان كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة فانما يملك منها ماتقدم ذكر الملك له اما بملك الرقاب على وجه مخصوص أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفيافي والقفار فمن أحيا أرضا لم يتعلق بها حق لاحد فهي له بالاحياء دون غيره (مسئلة) وما كان من بئر ماشية فلايغرس أحد عليه غرسا ولايحيي عليه حقا قاله ابن كنانة في كتاب ابن سحنون وجه ذلك ان بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به وماملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالاحياء كالمراعي التي قد ذكرناها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب فاما مابعد من

العمران فقد قال مالك يحييه بغير اذن الامام خلافاً لأبى حنيفة فى قوله ليس لأحد أن يحيي مواتا من الأرض الا باذن الامام وقد رواه يحيي عن ابن نافع والدليل على مانقوله قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة المعنى ان هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيي فلم يحتج فى احيائها الى اذن الامام كالو ملكها المحيي (فرع) فان عمرها بغير اذن الامام ففى كتاب ابن سحنون عن مالك ماعلمت اختلافا بين أهل العلم من أحيا أرضا ميتة بعيدة من العمارة بغير اذن الامام ان ذلك له وفى كتاب ابن مزين عن ابن نافع ان عمره بغير اذن الامام فهو له وقال فى العتبية يقتطع الموات البعيد فيحييه بغير اذن الامام ينظر فيه الامام فان رأى أن يقره أقره وان رأى أن يخرجه أخرجه (مسئلة) وأما التى تقرب من العمران فلا يحييها أحد الا باذن الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافا للشافعى فى قوله يحييها من شاء بغير اذن الامام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم والدليل على مانقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذى يحيي بقرب العمران قد يظلم فى احيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم فى مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم فاحتاج الى نظر الامام واجتهاده فى ذلك قال سحنون فى المجموعة وقد أقطع عمر العقيق وهو قرب المدينة واحتج أشهب فى المجموعة لقوله بان ذلك مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا مواتا فهى له وذلك عام فيما قرب أو بعد وانما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا يكون فيه ضرر على أحد (فرع) اذا قلنا انه لا يحيي الا باذن الامام فأحيا رجل أرضا قريبة من العمران بغير اذن من الامام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر الامام فان رأى ابقاءه له فعل وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أصبغ ان أحياه بغير اذن الامام أمضيته له ولم ينقض رواه ابن حبيب وروى ابن سحنون عن ابن القاسم انه لا يكون له ذلك بوجه وفى المدنية من رواية يحيي عن ابن القاسم فمن عمره لا يكون له بغير قطيعة من الامام وقد روى سحنون عن مالك لا يحييه أحد الا بقطيعة من الامام فيحتمل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالاحياء ويدل على هذا التأويل انه قال ما بعد عن الامام فلا يعمر الا بأمر الامام وما قرب من الامام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الامام ففرق بين الأمر والاقطاع والله أعلم وأحكم وجه القول الاول انه لما كان للامام منعه بما فى ذلك من الضرر على المسلمين وانه لا يستحق ذلك الا اذا أباحه له لكونه أصلا له ولا ضرر فيه على غيره فكذلك اذا تعدى وعمره بغير اذن الامام لكون النظر فيه للامام باقيا ولا يخرجه بتعديه فيه وسبقه اليه عن نظر الامام واجتهاده ووجه قول أصبغ يقتضى مذهب أشهب انه يستحب مشاورة الامام واستئذانه الا ان ذلك شرط فى صحة تملكه ووجه قول ابن القاسم هذا ان من أهل العمران متعلق به فليس للامام أن يأذن فى احيائه ولذلك قال ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث (فرع) فاذا قلنا ان للامام أن يزيله عنه فقد قال مطرف وابن الماجشون يعطيه قيمة عمله منقوضا أو يعطيه اياه بعد أمره بقلعه وهذا يقتضى انه متعد بالعمل فيه وان للامام أن يأخذه لجماعة المسلمين فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه الى رجل من المسلمين فيعطى قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك اليه من ماله وهذا القول مبنى على ان الامام ينظر فى أمرين أحدهما أن يكون الموضع لا مضرة فى احيائه والثانى أن يكون المحيي لا يستضر أهل العمارة

به أو يكون هو أصلح لهم من غيره فلذلك كان للامام اذا أحيا بغير اذنه أن يصرفه الى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيا أرضا فى الفيافى فليس لغيره أن يحيي بالقرب منه الا باذن الامام قاله سحنون فى المجموعة قال لأنه قد صار بالاحياء عمرانا فلا يعمر بقربه الا باذن الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاحد القرب والبعد المذكورين قال سحنون فى كتاب ابنه ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا وما كان من العمارة على يوم وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها فأراه من البعيد وأما ما تدركه المواشى فى غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلا مما فيه الرفق لأهل العمارة فهو القريب يدخله نظر السلطان فلا يحيا الا باذنه وقال أبو يوسف الحد فى ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته وما قاله سحنون أظهر لان الاعتبار فى ذلك انما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحطب دون سمع الصوت والله أعلم وهذا القول لابن القاسم فى كتاب ابن سحنون (فرع) وبماذا ينظر فيه الامام قال ابن سحنون عن أبيه يجتهد فيه الامام ويشاور فيه أهل القرى وقال فى موضع آخر عن ابن القاسم ينظر الامام مما كان قرب العمران فان كان فيه على أهل القرى ضرر فى مسرح أو مرعى أو محطب ونحوه منع منه وان لم يكن فيه ضرر أمضاه وقد تقدم من قولنا انه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم وفى المدنية فى غنى اقتطع مواتا بعيدا فأحياه بغير أمر الامام ينظر فيه الامام وان أحيا فيما يقرب من العمران بغير أمره وكان هناك من هو أحوج اليه منه منعه اياه وان لم يكن ثم من هو أحوج اليه أقره فى يديه ولا بأس أن يقطع الامام الاغنياء اذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم فاعتبر بالغنى والفقير ولعل هذا الاعتبار مقصور على الاقطاع دون الاحياء لان الاحياء لا علك به الارض الا بالارتفاق والعمل فالغنى أقدر عليه والاقطاع يملك الارض دون عمل ولا نفقة فالفقير أحوج اليه من الغنى والله أعلم

(الباب الثانى فى صفة المحيي للارض وحكمه)

وذلك ان المحيي للارض فى بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلما أو ذميا فان كان مسلما فحكمه ما تقدم وان كان ذميا ففى المجموعة عن ابن القاسم هى له لما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهى له الا أن يكون ذلك فى جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقين دينان بأرض العرب (فرع) فاذا ثبت ان الذمى يحيي فى بلاد المسلمين فان ذلك فيما بعد من العمران فاما فيما قرب من العمران فانه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لان ما قرب من العمران بمنزلة الفيء والذمى لا حق له فى الفيء وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وفى هذا القول نظر فانه ان كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفيء فانه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه لان هذا حكم الفيء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح احياؤه من العبد والمرأة لانهما ليسا من أهل الفيء ولا يصح ممن لم يفتتح ذلك البلد لانه ليس من أهل ذلك الفيء ولو قال قائل ان حكمه فى ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين فى احياء ما بعد * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى على قول مطرف وابن الماجشون ان يكون معناه ان الامام لو استأذنه فى ذلك لم يكن له أن يأذن لان الامام اذا نظر فى ذلك فانما ينظر فيه للمحيي ولعامة المسلمين فاذا لم يكن على جماعة المسلمين فى ذلك مضرة فمن حق المستأذن أن يأذن له وان كان عليهم فى ذلك مضرة فمن حقهم

أن يمنعه وفى احياء غير المسلمين ماقرب من مواطنهم وعمارتهم مضرة فلا يجوز للامام أن يأذن له فان تعدى وعمر بغير اذن نظر للمسلمين باخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف اليه أو يؤمر بفعله ولا تسوغ المشاركة ان لم يأخذه لأحد ورأى المصلحة للمسلمين فى منع احيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فى صفة احياء الأرض)

قال مالك فى المجموعة وكتاب ابن سحنون احياء الارض أن يحفر فيها بئرا أو يجرى عينا ومن الاحياء غرس الشجر والبنيان والحرث فافعل من ذلك فهو احياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر و بناء البنيان وتسييل ماء الردغ من الارض وقطع الغياض والفحص عن الارض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعته حتى يصير مالا يعتد به فهذا وما أشبهه احياء (مسئلة) وأما الرعى فلا يكون احياء قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا وقد قال أشهب من نزل أرضا فرعى ما حولها فهو أحق بها من غيره وذلك احياء وجه قول ابن القاسم انه ليس له أثر باق فى الارض لان هذه حال سائر الارضين المبورة فلا يكون احياء كالمبتنى فيها واحتج أشهب فى كتاب ابن سحنون بأنهم قد رعوا و ينتظرون ان يرعوا واحتج فى المجموعة بالمعدن يحوزه رجل بالعمل فيه فانه له ما أقام عليه فكذلك هذا وان لم يعجب سحنون قول أشهب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وليس حفر بئر الماشية احياء قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى احياء الارض وانما يعمل لمنافع الماشية كالرعى (مسئلة) وليس التحجير احياء قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها و وجه ذلك أن التحجير ليس فيه احياء للارض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهى باقية على صفتها قبل التحجير (فرع) اذا ثبت ذلك فمن يحجر أرضا لغيره من العمران فقد قال أشهب لا يكون أولى بها حتى يعلم انه يحجرها ليعمل فيها الى أيام يسيرة لم يمكنه العمل ليبس الارض أو لغلاء الاجر ونحو هذا من العذر الذى يؤخر له الناس فذلك له وأما من يحجر مالا يقوى عليه فله منه ما عمر قال أشهب فى المجموعة وقد روى عن عمر فمن حجر أرضا ولم يعمرها انه ينتظر به ثلاث سنين وأراه حسنا

(الباب الرابع فى حكم ما أحيى من الارضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه)

الارضون على ضربين ضرب يفتتح ملكه وضرب يتملك عن مالك فأما ما افتتح ملكه فعلى قسمين أحدهما اقطاع الامام والثانى الاحياء فأما ما ملك باقطاع من الامام ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فمن أقطعه الامام أرضا بقرب العمران كانت له وان لم يعمرها ويبيع ذلك ان شاء و يورث عنه وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الذى يقطعه الامام أرضا فلم يقو على عمارتها له أن يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر فى عجزه عنها فيقطعها غيره وجه قول ابن القاسم ان الاقطاع عنده معنى التمليك الثانى الذى لا يفتقر الى عمارة كالبيع والميراث و وجه القول الثانى ان الاقطاع انما هو اذن فى الاحياء ومن شرط ذلك العمارة فأما ما افتتح ملكها بالاحياء ففى المجموعة عن ابن القاسم انه بلغه عن مالك فمن أحيا أرضا ميتة ثم تركها حتى عفت آثارها وهلكت أشجارها وطال زمانها ثم أحياها غيره انها للثانى وقال سحنون من أحيا أرضا مواتا فقد ملكها ولا تخرج من يده لتعطيله لها وان عمرها غيره فالاول أحق بها وجه القول الاول ما احتج به ابن عبدوس

لكثرة بور ترعى فيه غنمهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمته ويبقى مرعى لهم وللمارة وروى عنه ابن سحنون انهم اذا أرادوا قسمته قسم بينهم وكلا القولين مبنى على ماتقدم (فرع) فاذا قلنا يقسم بينهم فانما يقسم على عدد القرى ويعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء الكريم بقيمته واللئيم بقيمته رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كانت القرى متصلة بالشعراء والابوار فان حال بينهما جبل أوصخرة أونهر عظيم فان ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ الا أن يقوموا ببينة بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون يدخل معهم أهل القرية التى حال بينهما نهر أوجبل أوصخرة أوخرب لاتحرث واختاره ابن حبيب قال سحنون فلو قال ابن الماجشون ان السلطان يقطعهم اياه بينهم لئلا يضر بهم من يحييه من غيرهم لكان وجها وقد خلط فى بعض قوله فقال فادعى أهل القرية التى خلف النهر والصخرة ان لهم فى الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى ان الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرما أودناءة قال سحنون فصار هذا كاقرار منهم (مسئلة) واذا كانت الشعراء تلى القرية ويقطع بين الشعراء وبين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التى تليها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن القاسم قال ويقتسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم فى القرية يقتسمونها بالقسمة أوالسهم وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية فى الشعراء انهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها وما يقتسمه أهل القرى فانه يقسم بينهم صغرت القرية أوعظمت (فرق) والفرق بينهما ان أهل القرى انما يستحقون الابوار والشعارى ويشتركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات والى ذلك يرجع بعد القسمة وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقد يكون لاهل القرية الصغرى من الماشية أمثال ما للقرية الكبرى فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم ولا يرجع عليهم أهل القرية الكبرى بشئ لعظم قريتهم وليس كذلك أهل القرية الواحدة فانما يستحقون أوبارها وشعارها بسبب أملاكهم وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة ويتصرف فيه بأى وجه شاء من عمارة أوغيرها فيكون له حكم ملكه فلذلك روعى فيه قدر حقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق فسره مالك فقال ان العرق الظالم ما احتفر أواتخذ أوغرس بغير حق قال عروة وربيعة العروق أربعة عرقان فوق الارض وهما الغرس والبناء وعرقان فى جوفها المياه والمعادن وقال عروة والباطنان البئر والعين قالا فكل من عمل شيأ من ذلك فى حق غيره فهو من ذلك

(فصل) وقوله ليس له حق يحتمل أن يريد به صلى الله عليه وسلم ليس له حق البقاء فمن غرس أو بنى ظلما فى ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه بأن يدفع اليه قيمة غرسه مقلوعا أوقيمة بنيانه منقوضا فماله قيمة ومالم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على ملكه دون عوض يعوضه منه ويحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم ليس له حق بملك ولا انتفاع ويكون المراد به فى العيون والآبار وذلك ان من حفر بئرا أوأنبط عينا فى ملك غيره فانه ليس له أن يملكه وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على اعادته على ما كان عليه أو يتملكه ويعطيه قيمة ماله قيمة بعد ازالته واذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير وربيعة بن أبى عبد الرحمن والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في المياه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل ﴾ ش قال عيسى بن دينار وسحنون مهروز ومذينب واديان بالمدينة زاد سحنون وليس ملكهما لاحد كانا يسقيان بالسيل فاذا أتى السيل سقى الاعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك ان المياه التي تسقى على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما يملك أصله فلا يخلو أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجال معينون فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذينب فتسيل مياههما في أرض مباحة غير متملكة الى أرض من يسقي بهائم يتصل جريها في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في احدى جانبيه أو في جانبيه جميعا مزارع وحدائق للناس ويسقون به فهذا حكمه أن يسقي به الأعلى فالاعلى وذلك اذا كان احياؤهم معا أو احياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم والى هذا ذهب مالك وأصحابه قال ابن نافع وهذا حكم النيل أيضا فان احيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه ما هو أقرب الى أعلى سيل منه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقي به قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سحنون اذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء ووجه ذلك ان استحقاقه للماء تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فان كانت الجنتان متقابلتين فحكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سحنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء ووجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فان كان الاسفل مقابلا لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلا بحكم المقابل (مسئلة) وان كان جرى الماء في أرض رجل معين فقد قال سحنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المعروفة فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو كثر ولا يرسل منه شيأ الى من تحته الا أن يشاء ووجه ذلك انه بدخوله في أرضه فصار أحق به من غيره وانما يتنازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه فهو حق له فله منعه ان شاء وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما كان سيله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر يجتمعون على اخراج ماء منه فيعملونه في أرضهم أو في أرض مبورة ملكوها الشق ساقيتهم فيها وذلك نوع من الاحياء فان هؤلاء أحق بمائهم وهم فيه سواء في حكم التقويم لا يقدم الأعلى على الأسفل وانما يقتسمونها بما يقتسم به الماء الذي يملك أصله وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سحنون ان هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد ماءه يصنع به ما شاء ووجه ذلك ان رقبة العين والبئر ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في أرض هي مقسومة بين قوم ولهم شرب فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب الى أرض له أخرى ان له ذلك عطل حصته من الأرض أو لم يعطلها قال الشيخ أبو محمد يريد والأرض مقسومة قال لان له أن يمنع ذلك وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يمر به في حصة غيره فلا يكون له ذلك الا باذنه وأما اذا كانت الارض مشتركة بينهم على الاشاعة

﴿ القضاء في المياه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الأسفل

فليس لاحدهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لان ذلك يضر بعظهم منها والله أعلم وأحكم
(مسئلة) والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر ويثقب فى أسفلها ثقب ويملأ من الماء ويكون قدر
أقلهم نصيبا مقدار ما يجرى ماؤه على ثقبه تلك فتملأ ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين
كله ويصرفه فيما شاء الى أن يفنى ماء القدر ثم يملأ للذى يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته والله
أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء عمن شاؤا أو
يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب فى أسفله بمثقب ثم يرفع المثقب ثم يعلق القدر ويجعل تحته قصرية
ويعلماء فى جرار فاذا انصدع الفجر صب الماء فى القدر فسال الماء من الثقب فكلما هم الماء أن ينصب
صب حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلا النهار كله والليل كله الى انصداع الفجر ثم ينحى القدر
ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه
من الماء ويثقب كل قدر منها بالمثقب الذى ثقب به القدر الأول فاذا أراد أحدهم السقى علق قدره
بمائه وصرف الماء كله الى أرضه فيسقى ما سال الماء من قدره ثم كذلك يقسم فان تشاحوا فى التبدئة
استهموا على ذلك

(فصل) وقوله يمسك حتى للكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل اختلف أصحابنا فى تأويل ذلك
فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون يرسل صاحب الحائط الاعلى جميع الماء
فى حائطه ويسقى به حتى اذا بلغ الماء من قاعة الحائط الى كعبى من يقوم فيه أغلق مدخل الماء وقال
ابن كنانة بلغنا انه اذا سقى بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه واذا سقى النخيل والشجر
وماله أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين وأحب الينا أن يحبس فى الزرع والنخل وماله أصل حتى
يبلغ الكعبين لانه أبلغ فى الرى وفى المدنية عن عيسى عن ابن وهب ان الأول يسقى حتى يروى
حائطه ثم يمسك بعد رى حائطه فما كان من الكعبين الى أسفل ثم يرسل وروى محمد بن عيسى عن زياد
ابن عبد الرحمن عن مالك انه قال تفسيره أن يجرى الأول من الماء فى ساقيته الى حائطه قدر ما يكون
الماء فى الساقية الى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء فاذا روى حائطه أرسله كله قال يحيى بن
مزين رواية زياد عن مالك أحسن ما فيه والذى روى مسندا فى هذا الباب ما روى ابن جريج
حدثنى ابن شهاب عن عروة بن الزبير أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير فى شراج من الحرة
يسقى به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسق يازبير فأمره بالمعروف ثم أرسل الى جارك
قال الأنصارى أن كان ابن عمتك فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال اسق ثم احبس حتى
يرجع الماء الى الجدر واستوعى له حقه فقال الزبير والله ان هذه الآية نزلت فى ذلك فلا وربك
لا يؤمنون حتى يحكموك الآية فقال ابن شهاب فقدرت الأنصار قول النبي صلى الله عليه وسلم اسق ثم
احبس حتى يرجع الى الجدر فكان ذلك الى الكعبين (مسئلة) فان كان بعض الحائط أعلى من
بعض فقد قال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الى الكعبين ووجه
ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ الى الكعبين الا بأن يعلو فى بعضه قامتين ولكن ان
تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدته ص ﴿مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن
أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ﴾ ش قوله لا يمنع
فضل الماء ليمنع به الكلأ قال مالك فى المجموعة والواضحة معنى ذلك فى آبار الماشية التى فى الفلوات
لانه اذا منع فضل الماء لم يرع ذلك الكلأ الذى بذلك الوادى لعدم الماء فصار منعا للكلأ وقال

* وحدثنى مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ

ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون ان ذلك في الأرض بئر لها المرعى لا للعمارة فهم والناس في الرعى سواء ولكن يبدؤن بمائهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير ملكه على ماعهده مما يحفره الرجل للماشية في البراري وفيافي القفار فهذه البئر اذا حفرت فانما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسبحه للناس فاتفق مالك وأصحابه على انه لا يمنع مافضل عنه من مائه قال مالك في المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها في جاهلية ولا اسلام وان حفرت في قرب قال ابن القاسم يريد قرب المنازل اذا كان انما احتفر للصدقة قال ابن القاسم وانما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها فاذا فضل عنهم فضل فالناس فيه أسوة قالوا وأما من احتفر بئرا في أرضه لبيع مائها أولسقي ماشيته ولم يحتفرها للصدقة فلا بأس ببيعها فتقرر من هذا ان ما احتفره في أرضه فالظاهر انها على الملك واباحة البيع حتى يبين انها للصدقة وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لاحياء زرع أو غرس فالظاهر انه احتفرها ليكون المقدم في منفعتها والناس فضلها لانه انما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به العادة الا بنذلها فانما ينصرف عملها دون شرط الى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحمل وبهذا الحكم يحكم لها (مسئلة) فان بين وأشهد انه يريد به التمليك فلم أر فيه نصا والظاهر عندي أنه على شرطه وبهذا تتعلق الكراهية عندي ويكون بمنزلة من أحيا أرضا فان كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد فلا اعتراض فيه عليه وان كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الامام (مسئلة) وهذا حكم الآبار فأما في المواجل ففي المدونة قال ما عمل منها في الصحاري والفيافي كمواجل طريق المغرب فانها كالآبار التي تحتفر للماشية وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جباب البادية التي تكون للماشية لا ينبغي أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلأ قيل له فالجباب التي تجعل لماء السماء قال ذلك أبعد وقال المغيرة من حفر جبا فله منع أن يشرب منه غيره فليس كالبئر ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به الى رعي الكلأ بالماء فاشبه البئر (مسئلة) ووجه القول الثاني ان المواجل ليست مما يتخذ غالبا للمواشي لما فيها من النفقات والمؤن وغالب عملها للتمليك الا من أعلن بالصدقة اذا قلنا انه لا تباع بئر الماشية ولا يباع ماؤها ففي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك لا يورث ولا يوهب ولا يباع وان احتاج ولا يريد بقوله لا يورث انه لا يكون ورثة محتفرها أحق بمائها وقد قال ابن حبيب في معنى قول مالك انها لا تباع ولا تورث وصاحبها الذي احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها قال وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك قال عن ابن الماجشون لا تقع في بئر الماشية المواريث بمعنى الملك ولا حظ فيملز وجه ولا زوج من بطن على بطن قال ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب فليس له أن يعطي حظه أحدا وسائر أهل البئر أولى منه ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لانسان فقد قال أشهب عن مالك ان البئر لا يباع ولا يورث يعني ان الوصية لا تنفذ فيه لانه وجه من العطية كالهبة قال أشهب في المجموعة لا يباع بئر الماشية لانه اذا كان فضلها لغيره فقد اشترى من مائها ماير ويه وذلك مجهول (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية فظاهره في المدونة انه على الكراهية لأنه قال انه كره بيع مواجل الطريق وانما كان يعتمد في ذلك على الكراهية وهي كالآبار التي تحفر للماشية وقال في الجعل والاجارة ولا أرى بيع ذلك حراما وبه قال الشافعي وظاهر ما في المجموعة التحريم لانه قال وقال مالك لا يجوز بيع بئر الماشية وهذا الذي حكاه القاضي أبو محمد وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك وأما بئر الماشية فمنع فضل مائها لا يجوز فانه من

بيع الكلأ المباح وقال فى المدونة وللناس مافضل وعلل ذلك أشهب بأن مايشتريه مجهول وقال ابن القاسم لايباع لان للناس فيه حوائج ويدل عليه نهيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ وظاهر النهى التحريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ماقال أشهب لجاز أن تورث وتوهب لان الجهالة لاتمنع ذلك * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه انما تنصرف الكراهية الى أن يحفر أولا بمعنى الانفراد به وأما اذا حكم له بحكم الاباحة لفضيلة فانما يجب أن يحمل على التحريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع هبته (فرع) ولم يبدأ بالشرب قال ابن الماجشون ان كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه والا استهموا ووجه ذلك ان من استحق التقديم لسنة استمرت له وان لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه السبيل الى تقديم من لايستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسئلة) ولأهل البئر قال فى المدونة والمواجل حاجتهم من الماء لايشركهم فيها غيرهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه فلم يتعلق به منع فكان لهم بحق اليد واجبا وأما مافضل منه فالناس فيه سواء (مسئلة) وأما ابن السبيل فقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة لايمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية وقد كان يكتب على من احتفر ان أول مايشرب بهذه الآبار المحدثة أبناء السبيل قال ابن القاسم كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقيا أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية ولا يمنع من ذلك بعد ان يروى أهلها فان منعهم أهل الماء بعد ريهم لم يكن عليهم دية قراهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايمنع نقع بئر قال ابن القاسم ولو منعوهم حتى مات المسافرون عطشا كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء والكفارة على كل رجل منهم كفارة عن كل نفس منهم مع الادب الموجع من الامام وقال أشهب فى المجموعة لابن السبيل ان يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل الا أن يكون فيه فضل وقد اضطرت دوابهم اليه والمسافة الى ماء آخر بعيدة فيكون ذلك بينهم أسوة الا أن يكون لاهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به فى أنفسهم ودوابهم وقد كتب عمر بن عبد العزيز فى الآبار التى بين مكة والمدينة ابن السبيل أولى من شرب بها وهو حسن لاضطراره الى ذلك ويتزود منه وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم وهم مقيمون والسفر راحلون (مسئلة) وأما الماء الذى لأهله بيعه كالبئر يحتفرها الرجل فى داره وأرضه ليبيع ماءها فله أن يمنع ابن السبيل من مائها الا بالثمن الا ان يكون ابن السبيل لاثمن معه وان منع خيف عليه أن لايبلغ الماء فلا يمنع فان منع جاهدهم عليه وان لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه والله أعلم

(فصل) وأما مايحدث فى المياه من الحيتان ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى البركة والغدر والبحيرة فيها الحيتان لايعجبنى أن يبيعها أهلها ولا ينبغى أن يمنعوا تصيدها وروى ابن حبيب عن أصبغ ان ابن القاسم سوّى بين الناس فيما كان فى ملكهم أو فى غير ملكهم كالكلأ وقال أشهب فى المجموعة من كانت له عين أو غدير فيها سمك فان كان طرح فيها سمكا فتوالدت فهو أولى به وان كان ذلك جاء مع الطين فليس له أن يمنع من يصيد فيه الا أن يضر به الصيادون وقال فى المجموعة سحنون له أن يمنع مراعى أرضه وحيتان غديره لأن ذلك فى ملكه وحوزه وذلك سواء وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ما كان من ذلك ملكا له وفى حوزه فله منع الناس منه وما

كان فى الانهار والخلج التى لا تملك فليس لمن دنا اليه بسكناه وحقه ان يمنع منه طارئا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء قيل انه يقتضى النهى عن الذرائع ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليتسبب به الى منع الكلاء المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء والمانع فيما يحتاج اليه من الماء يقصد غالبا الانفراد بالكلاء فمنع من ذلك ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه فى الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلاء ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما الكلاء فعلى ضربين ضرب فى فيافى الارض وضرب فى العمارة قال مطرف فما كان فى فيافى الارض فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره ولذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع بذلك الكلاء قال ابن القاسم فى المجموعة انما ذلك فى الفيافى والقفار فتقرر من ذلك انه لا يحمى شئ من ذلك الكلاء ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع الكلاء ووجه آخر أن النهى انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلاء ولم يتوجه به الى المنع من فضل الماء وانما تضمن ذلك المنع من الكلاء على الاطلاق وأما ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه حمى البقيع لخيله وان أبا بكر حمى الربذة وان عمر حمى سرف والربذة فان ذلك انما هو أن يحمى موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك لماشية الصدقة التى يحتاج اليها والخيل التى يحمل عليها وقد روى عن عمر انه قال والذى نفسى بيده لولا المال الذى أحمل عليها فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا انها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام وقد روى ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى الا لله ولرسوله يريد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا ما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا يكون ذلك الا فيما ذكرناه من فيافى الارض التى هى لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب فلا يصح أن يمنعوا منها الا بهذا الوجه وأما منعهم اياها من غيرهم فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم برعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه واسلامهم عليه فقد قال ابن عبدوس ما أسلم عليه القوم من أرض الاعراب وفيافيهم اذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس الدخول عليهم فيها ولهم منعهم منها وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤن بمائها ويرعى كلئها ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون فى بئر الماشية يموت صاحبها انها لورثته لا حق فيها لزوج ولا لزوجة اذا لم تكن من ذلك البطن وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم فى احياء أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم ميل فى ميل لمرعى غنمهم ولقاحهم ومرابط خيلهم ومخرج نسائهم وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال لهم ما تنادراع بحيث لا تبين المرأة ولا يسمع الصوت وهذا يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون ذلك ملكا غير تام أو يملكون الانتفاع به قال عبد الملك اذا كانت معروفة لحى من العرب فانها حقهم فلهم منعها وملكهم اياها كالعمرى وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له وقال غيرهم ليس ملكهم لها بالتام ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة قال سحنون عن ابن وهب فهذه الاحمية انما كانت فى مثل هذه الاراضى بالبقيع قدر ميل فى ستة أميال ما بين ميل الى ميلين واستعمل أبو بكر على حماية الربذة قرظة بن مالك وكان ما حمى منها قريبا من خمسة أميال فى مثلها ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاه سلامة وحمى بسرف نحوا مما حمى بالربذة واستعمل عليه مولاه هنيا (مسئلة) وأما ما كان منه فى القرى ومواضع العمارة فلا

وحدثني عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر

يخلوأن يكون لغيرمعين كمسارح القرى أولمعين كأرض رجل بعينه فأماما كان لغيرمعين وهومن مسارح القرى فبنى على ماتقدم من جواز قسمتها أومنع ذلك فمن جوز قسمتها أجراها مجرى الملك المعين ومن منع اقتسامها أجراها مجرى مسارح الفيافي لاسيما على قول من قال ان أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعة وأما القرى والارضون التي عرفها أهلها فلهم منع كلئها عند مالك ان احتاجوا اليه (مسئلة) وأماما كان في أرض رجل معين فلا يخلوأن يكون محظراعليه أوغير محظرعليه اماما كان محظراعليه فقد قال عيسى بن دينار في المدنية له منعه وبيعه ومالم يحظر عليه فلا يجوز منعه الاأن يحتاج اليه لماشيته ودابته وفي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض فيها العشب ان له أن يمنعه ان كان له به حاجة والافليس له ذلك ويخلي بين الناس وبينه وله بيع مراعي أرضه سنة بعد أن يطيب ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين قال عيسى بن دينار في العتبية سألت ابن القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب سألت مطرفا عن قول مالك وان كانت له أرض فله منع كلئها ان احتاج اليه والافليخل بين الناس وبينه ومن قوله لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك اذا بلغ أن يرعى فأي خصب يبيعه للناس وأي خصب يبيعه فقال الخصب الذي يبيعه يمنع الناس منه وان لم يحتج اليه في ماء مرجه وحماه وأما الذي ليس له منعه ولا له بيعه الاأن يحتاج اليه فما كان من خصب فدادينه وفحوص أرضه قال ابن حبيب وسألت ابن الماجشون عن ذلك فساوى بين الوجهين وقال هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التي يزدرعها ان لم يكن حمى ولامرج ان شاء باع وان شاء منع أورعى وانما لايحل له بيعه ولا منعه ان لم يحتج الى رعايته خصب الفناء من منزله قال أصبغ ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك ان للرجل منع خصب أرضه وكان لايجيز بيع الكلا بحال وان كان في أرضه وحماه ومرجه وانما الكلأ كالماء الذي يجريه الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن أنبته الله في أرضه له أن يحميه لمنافعه فان استغنى عنه لم يكن له منعه ممن احتاج اليه ولا يبيعه الاأن يجتزه ويحتمله كما يفعل الناس في بيعه ولو كان هذا المرء في أرضه كان ذلك للامام في أرض العنوة وفرق عيسى بين ماحظر عليه وبين مالم يحظر عليه من أرضه والفرق بينهما ان ماحظر عليه يلحقه المضرة برعي عشبه والتوصل اليه بافساد حظاره ولذلك قال من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض مزروعة له يضر به الدخول الى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك وهذا انما يقتضي المنع من الرعي لامن الاحتشاش وأما المنع من ذلك كله فانما هو لانه يرى انه يملكه بالحظر عليه كما يملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعي أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعي أرضه لذلك اتخذت وأما عشب مزارعه فلم تتخذ لذلك وانما اتخذت عنده للزرع وأما العشب فعلى حكم بئر الماشية ووجه قول أشهب في منع العشب جملة ان أصله الاباحة كالمياه التي هي في أصل مباح وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكلأ في الأرض المملوكة ان الكلأ في الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة فصارت كظلال الثمار التي ليس لأرباب الثمار منعها والله أعلم وأحكم ص ﴿ عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر ﴾ ش قوله لا يمنع نقع بئر قال مالك في المجموعة معناه لا يمنع رهو بئر * قال القاضي رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي منع فضل الماء وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواضحة قال مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع بئر وفي حديث غيره ولا رهوها قال أبو الرجال النقع والرهو الماء الواقف الذي لا يستقي عليه

أو يسقى عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك فى تفسير نقع بئر أو رهوها البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر فيسقى أحدهما فيروى نخله وزرعه فى بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقى فيريد صاحبه أن يسقى بمائه فى ذلك اليوم ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله وقال مالك وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين فى حائطه فيحتاج الذى لا شرك له فى البئر الى أن يسقى حائطه بفضل مائها فليس له ذلك الا أن يكون بئره تهورت فيقضى له أن يسقى بفضل ماء جاره الى أن يصلح بئره و يدخل حينئذ فى تفسير الحديث لا يمنع نقع بئر وليس له أن يؤخر اصلاح بئره اتكالا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال لى ابن عبد الحكم وأصبغ وقول ابن وهب وابن القاسم وروايتهم عن مالك ومعنى ذلك عندى أن يكون هذا وجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذى لا يملك أصله ولا مجراه فيسقى به الأعلى فالأعلى فمن استغنى منهم عن السقى بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة فى ذلك الماء الا لسقيها خاصة فاذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها من تضييعها وليس لشريكه أن يقول أنا أوثر ضياعها على انتفاعك عندى ويحتمل عندى أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على ما تقدم ويحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه فيسقى جاره بذلك الفضل بشروط أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهارت البئر أو غارت العين فاما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء فليس له أن يسقى بفضل جاره الى أن يصلح بئره رواه عن مطرف عن مالك و به قال ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبغ و به قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب وروايتهم عن مالك ووجه ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا يمنع نقع بئر وقد تقدم من قول أبى الرجال وغيره انه فضل الماء وقد روى لا يمنع رهو ماء والرهو الزائد ومن جهة المعنى ان المياه مبنية على المواساة ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحا ولذلك أمر الأعلى أن يرسل الى الأسفل ما فضل عن قدر حاجته من الماء ولا يؤمر بارسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر المتملكات فاذا ثبت ذلك كان من دعته ضرورة الى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره واذا كانت الشفعة ثابتة فى الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة فبأن تثبت المواساة فى المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى وليس كذلك من غرس على غير ماء فانه لم يكن مضطرا وقد قال الشافعى لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبه فى جداره اذا لم يكن عليه فى ذلك مضرة بينة ويقضى بذلك عليه فالقضاء عليه فى الماء أبين وقد ورد النهى فيها عاما والله أعلم (مسئلة) والشرط الثانى أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء فان لم يخف على زرعه لم يكن له فى فضل ماء جاره قاله أشهب فى المجموعة عن مالك ووجه ذلك انه انما أبيح له ذلك للضرورة فاذا لم يخف على زرعه فليس بمضطر كالذى يضطر الى الطعام ويجد مال غيره فان له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة وليس له ذلك مع عدم الضرورة (مسئلة) والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته ويستغنى عنه فان لم يفضل عنه شئ لم يكن له أن يأخذ منه ماء وهو يحتاج اليه قاله فى المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك ووجه ذلك انهما اذا تساويا فى الحاجة فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه (مسئلة) والشرط الرابع اذا تساويا فى الماء فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئره أو غارت عينه فى اصلاحها على حسب المعروف والامكان فان ترك ذلك واعتمد على السقى من ماء جاره فقد روى أشهب فى المجموعة عن مالك ليس له

أن يسقيها ان كانت روت حتى يبلغ وانما ينظر في هذا الماء الى قدر ما نزل به وقال مطرف في الواضحة سقى بذلك الى أن يصلح بئره وقاله مالك ووجه ذلك ان هذا انما أبيح له مع الضرورة التي ذكرناها والذي يترك اصلاح بئره واسترجاع مائه غير مضطر وذلك مثل الذي يضطر الى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه به لا يباح له أن يقيم ويأكل من ماء غيره وانما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به الى موضع الوجود مع شروعه في ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فهل يقضي على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه في المزنية عن عيسى لا يقضي عليه بذلك ورواه ابن نافع وانما يؤمر به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضي عليه بذلك لجاره ويجبر عليه وجه قول عيسى ان هذا ملكه فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانيره ودراهمه ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع نقع بئر ومعناه على ما تقدم فضل مائه

(فصل) فاذا قلنا انه يحكم عليه بذلك فهل يقضى له بثمنه قال في المدنية روى عنه أصبغ وذلك عندي اذا أتى بالثمن وقال في رواية غيره بلا ثمن وجه الرواية الاولى في اثبات الثمن انه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة فكان ذلك بالعوض كالشفعة ووجه الرواية الثانية في نفيه انه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله اليه كان ذلك بغير عوض كالاستحقاق ولانه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كبئر الماشية وقال أشهب في المجموعة ان كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن وان لم يكن عنده ثمن سقيت له بغير ثمن (فرع) واذا قلنا انه لا يقضى عليه به فقد قال في المدنية ان باعه كان جاره الذي انقطع ماؤه أولى به بالثمن ووجه ذلك ان انتقال الملك مؤثر في أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة في الشرك من الأرضين والرباع

﴿ القضاء في المرافق ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار

﴿ القضاء في المرافق ﴾

ص ﴿ مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ﴾ ش قوله لا ضرر ولا ضرار يحتمل أن يريد به التأكيد فيكون معنى الضرر والضرار واحدا واختار ابن حبيب هذا القول ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى انه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له اضراره بغيره وقال الخشني الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ومعنى ذلك والله أعلم ان الضرر ما قصد الانسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وان الضرار ما قصد به الاضرار لغيره قال الله تعالى والذين اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه لان هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام وكذلك الضرار فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أن ينفرد أحدهما أو غيره بالاضرار بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعا وليس استيفاء الحقوق في القصاص من هذا الباب لان ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم وانما الضرار فيما ليس فيه الا مجرد الاضرار بصاحبه فاما الضرر على هذا التأويل فثل ما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد أو رحى مما يضر بالجيران فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة ان لهم منعه وقاله في الدخان قال وأرى التنور خفيفا ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذي يدخل في دورهم

ويضربهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع احداثه على من يستضر به
(مسئلة) فاما الرحا فان الذي ينال منها الجيران أمران أحدهما افساد الجدران والثاني صوتها فاما
افساد الجدران فان ثبت ان هذا يضر بالجدران يهدمها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد
روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما انه
لا يمنعهما من ذلك فيحتمل رواية ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه
ووجه القول الاول عندي انما ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض
الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كحوانيت الكمادين تتخذ عند دار الرجل
أو حوانيت الصفارين أو الرحا التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله أعلم ووجه
القول الثاني انه ضرر يصل اليه في منزله فتعلق المنع به كضرر الرائحة (مسئلة) وأما الدباغ
يؤذي جيرانه بنتن دباغه فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يمنع منه والفرق بينه
وبين الصوت على أصلهما ان هذا ضرر دائم فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر
الممنوع (مسئلة) ومن ذلك الكنيف يحدثه الرجل فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة
والبلل في ملك جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فمنع منه كالهدم (مسئلة) ومن
كان له أندر الى جانب جنان رجل يضر به تبنه قال مطرف وابن الماجشون يمنع من ذلك وقال
سحنون في العتبية اذا كان الاندر قبل بنيان الجنة لم يغير ووجه القول الاول ان البنيان وان كان
محدثا فان لصاحبه أن يمنع صاحب الاندر وان كان قديما يمنع من وقوع تبنه في أرضه كما يمنع ماشية
قديمة من الدخول الى أرضه وبالله التوفيق ووجه قول سحنون انها منفعة استحقها بالقدم فلم يمنع منها
(مسئلة) ومن رفع جداره فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك
في المجموعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم وهو في كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك
وقال ابن كنانة الا ان يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له فانه يمنع منه ووجه ذلك أن ما فعله في
ملكه لم يوجب ادخال شيء مما لم يستثبت منه في ملك جاره ولا يمنعه المنفعة المقصودة من داره فلا يمنع
من عمله في أرضه ووجه آخر انه لو جاز ذلك لبطل البنيان لان ما من أحد يبني حائطا في آخر ملكه
الا ولا بد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح ولما أجمع المسلمون على جواز البنيان وان منع
هذا فكان في مسئلتنا مثله (مسئلة) ومن كانت له أرض ملاصقة اندر لغيره فأراد أن يبني فيها
ما يمنع الريح عن الاندر ويقطع منفعته قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك
وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الاندر التي تقادم وقال
ابن نافع ليس لأحد أن يحدث بقرب الاندر ما يضر بصاحب الاندر وان احتاج الى البنيان وقد
قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وقاله سحنون ووجه القول الاول ما احتج به سحنون في
العتبية ان للباني أن يبني فان منع هبوب الريح منع كما لو منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره
ووجه القول الثاني ان المقصود من الأندر هذه المنفعة فليس لاحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى
الدار (مسئلة) ومن اتخذ كوى وأبوابا يشرف منها على دار جاره وعياله فقد قال مالك وابن
القاسم يمنع من ذلك كله * قال مالك وذلك اذا كان ينال بالنظر وقال ابن القاسم في كتاب البنيان
اذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له لا يطلع منها لم يمنع من ذلك وأما ما يطلع منه فانه يمنع
وقال ابن وهب عن مالك نحوه وزاد لا يكلف الأسفل أن يعلي بنيانه حتى لا يراه ووجه ذلك أن هذه

مضرة أحدثها على جاره فى مسكنه فلزمه ازالتها (مسئلة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوانيت له وجعل له سطحا يطلع منه على دار رجل فان بانى المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد و يمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه البانى ولا يمكن هدمه ولا يمكن من الاضرار بالرجل فعليه أن يستر عليه لانه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه فى داره (مسئلة) ومن بنى غرفة وفتح فيها أبوابا وكوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك وقال هذا يضر بى اذا بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبنى و بعد أن يبنى ووجه القول الأول ان هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه وانما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤل اليه بعد ذلك ووجه قول مطرف ان من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها دارا فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة ولا ما يضره فيها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ليس له منعه عند احداث الاطلاع انه يطلع منه على موضع لا يستضر بالاطلاع عليه وان بنى فى القاعة دارا لم يكن له أيضا أن يمنعه الاطلاع لانه قد استحق ذلك لتقدم اطلاعه قبل بناء داره قاله ابن الماجشون * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وأذكر انى رأيت لابن القاسم أن له منعه اذا بنى وجه قول ابن الماجشون ما تقدم ووجه القول الثانى الذى أورده لابن القاسم انه لم يكن له منعه قبل البناء لانه لم يمنعه بذلك منفعة أرضه ولا أدخل عليه ضررا باطلاعه فاذا بنى الثانى دارا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد فان كان مما لا يتزايد فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين ما كان من الضرر باق على حال واحدة لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه فانه يستفتحه من أحدثه بطول الزمان وما يحدثه الرجل فيملك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان فما كان يتزايد ضرره كالكنيف يحدثه فان شكا جاره الضرر بعد طول زمان فله أن يغيره وكذلك ما يفتحه كمستنقع الماء وكذلك الدباغ ان ضرر ذلك يتزايد فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولا واحدا وما أحدث بعد ما يضر به فعلى قسمين أحدهما أن يترك القيام عليه والمنع منه حتى يطول زمانه ويستحق فما كان منه لا يتزايد أو يتزايد فعلى ما تقدم والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند احداثه فهذا لا خلاف فى المنع منه وازالة الضرر به وبالله التوفيق (مسئلة) ومن فتح مطلعا على دار غيره فلما قام عليه سد ذلك فطلب أن يسدها من خلف بابها فقد قال سحنون فى كتاب ابنه ليس له ذلك وليقلع الباب ويسده لان ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة (مسئلة) ومن باع دارا وقد أحدث عليه جاره مطلعا أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر فماله فيه القيام فقد قال مطرف وابن الماجشون ان كان المانع لم يقم فى ذلك حتى باعها فلا قيام للمشترى فلو كان قد قام نخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام فللمشترى أن يقوم ويحل محله وقاله أصبغ ووجه ذلك ان ترك من أحدث عليه الضرر القيام فى ذلك حتى باع يقتضى الاباحة وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه واذا باع بعد القيام فيه فقد أظهر انه لم يبح له ذلك ولا أقره عليه وقد باع الدار بجميع منافعها وازالة الضرر من جملة ذلك (مسئلة) ومن كانت فى داره شجرة اذا صعدها لجنيها أطلع على دار جاره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة بخلاف الغرفة ولكن يؤذن جاره وروى عبد الملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب نحوه ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام وانما يفعل فى الندرة على وجه الاجتناء

مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم

وتحصيل المنافع لا على وجه الاطلاع والنظر كالواطلع على سقفه لاصلاحه

(فصل) وهذا كله في الضرورة وأما العام فمثل تضييق الطرق وماجرى مجراه فهذا يمنع منه وأما اخراج العساكر والأجنحة على الحيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال الآن يكون جناحا بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق فانه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك انه منفعة مباحة يحتازها لا مضرة فيها على غيره ولا تضييق لفنائه فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط

(مسئلة) ومن بنى بنيانا يطل منه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين فان كان لاشراف مكانه فقط لم يمنع وان وجد عنه مندوحة وكذلك ان أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه لم يمنع اذا كان ذلك حال ذلك الموضع قبل البناء وان كان اطلاعه على الموردة يعليه فتح بابها الى الموردة أو كوى منع ذلك ووجه ذلك ان ما كان من خلق البارى تعالى وحال بقعة الأرض لم يمنع لانه أمر قد تقادم واستحق وانما يغير المحدث

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فالضرر على ضربين محدث وقديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه وأما القديم فقد قال سحنون في قناة قديمة في حائط رجل لا يغير القديم وان أضر بجاره وكذلك قال في الأفران توقد للفخارين بين دور قوم ربما شكا جيرانها دخانها ان القديم منها لا يعرض له وقال ابن القاسم في المجموعة من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم وهذا كله على نص غير ماذكر عن مطرف وابن الماجشون في تبن الأندر فانهما منعا منه ويلزمهما مثل ذلك في القناة القديمة في الحائط والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره يغرز خشبه في جداره روى في المجموعة ابن نافع عن مالك ان ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا وما أراه الا دلالة على المعروف وانى منه في شك وروى ابن وهب عن مالك هو أمر رغب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وقال ابن القاسم لا ينبغى له أن يمنعه ولا يقضى به عليه وهذا على ما قال الا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه الوجوب ولكنه يعدل عنه بالدليل وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي هو على الوجوب اذا لم يكن في ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار وبه قال أحمد بن حنبل والدليل على ما نقوله ان الجدار ملك موضوعه المشاحة فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه وقد كان أبو هريرة يصل بهذا الحديث مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم فيحتمل قوله ذلك انه كان يحمله على الوجوب ويحتمل انه كان يحمله على الندب لكنه كان يوبخ من كان يترك اباحة ذلك لجاره ويشح بحقه فكان يجرى الى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبي صلى الله عليه وسلم اليه ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين أحدهما أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب ويعرضون عن حمل أبي هريرة له على ظاهر اللفظ من الوجوب وان أخذوا به بخاصة أنفسهم وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه النبي صلى الله عليه وسلم ومبادرة الى ما ندب اليه ويحتمل أن يكون جماعة من التابعين علموا من أبي هريرة انه كان يحمله على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوهم

اليه ويؤرون التمسك بما لم التمسك به ويؤيد هذا التأويل انه لو كان أبوهريرة يرى الزامهم ذلك لحكم به ووبخ الحكام على ترك الحكم به ولم يوبخ الناس على ترك الاباحة لما يلزمهم اباحته لان الحكام لم اجبارهم ويحتمل عندى على رواية زياد بن عبد الرحمن فى القضاء بالممر فى أرض الرجل لجاره اذا لم يضر به أن يكون فى مسئلتنا مثله فيحمل الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع) قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلبه جاره من فتح باب وارفاق بماء أو مختلف فى طريق أو فتح طريق فى غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغى فى الترغيب أن يمنعه مما لا يضره ولا ينفعه ولا يحكم به عليه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن أباح لجاره أن يغرز خشبة فى جداره فقد قال مالك لا ينزعه الا أن يحتاج الى جداره لأمر لا يريد به الضرر وبه قال ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ليس له أن ينزعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو استغنى عنه مات أو عاش باع أو ورث ووجه رواية ابن القاسم ان صاحب الجدار أملك بجداره وقد أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يعون بمجرد الاضرار به فاذا كانت له حاجة كان أحق بماله ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون انه قد جاء أن لا يمنعه وقد قال مالك ذلك على الحض وروى عن أبى هريرة ما روى واذا أذن له فلا رجوع له والأظهر عندى انها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل كما لو وعده أن يعيره شيأ أو يعطيه اياه من أجل أن يشترى له شيأ (فرع) وهل يلزم ذلك بمجرد الاذن الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه اذا أذن له فقد لزمه لما تقدم من قولهما انه اذا أذن له فلا رجوع له وقالا ان ذلك مختلف فيما أذن فيه مما يقع فيه العمل والارتفاق من غرز الخشب وبناء أساس جدار والارفاق بماء العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرسا ويتندى عملا بما قلعه ورده كما كان فسادا أو ضررا صغرت المؤنة أو عظمت فلا رجوع له عاش أو مات باع أو ورث احتاج أو استغنى وهو كالعطية وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا انفاق من فتح باب أو فتح طريق الى مال الآذن أو ارضه أو ارفاق بالشفعة أو لسق شجر قد سقيت قبل ذلك ثم نضب ماؤها فهذا له الرجوع اذا شاء ويقطع ما أذن فيه وهذا الذى قالاه فى فتح الباب وان لم يكن الا فتح يدخل منه ويخرج فصحيح جار على اصلهما قال ابن حبيب وقد قال اشهب وابن نافع مثل قولهما وقال اصبغ ذلك كله سواء عندى ما فيه عمل وانفاق وما ليس فيه شئ من ذلك اذا أباحه وأتى عليه من الزمان ما يعار مثله الى مثل ذلك الزمان فله منعه الا فى الغرس فانه لا يمنعه بعد ذلك (فرع آخر) فاذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه انفاق وعمل مع اطلاق الاذن فان شرط الرجوع فى ذلك متى شاء فقد قال مطرف وابن الماجشون الشرط باطل لان هذا من شرط الضرر والتغرير بالعامل والاذن نافذ بعد العمل وهو قبل العمل على هذا الشرط غير نافذ ووجه ذلك انه قد فات بالعمل ولم يكن فيه عوض فيرد واما قبل العمل فله أن يرجع عنه لما قرن به من الشرط الذى لا يجوز والله أعلم وأحكم (فرع) وماله أن يرجع عنه لعدم الانفاق فيه مع اطلاق الاذن فاذا قيده بأجل فقد قال مطرف وابن الماجشون ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ الأجل ووجه ذلك انه وهب له منفعة مقدرة بزمن فليس له الرجوع فى هبته (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فأباح له وضع الخشب اباحة مطلقة من غير تقييد بأجل فقد قال مالك من رواية ابن القاسم وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء فى عرصته ثم أراد منعه قبل أن يبنى فله ذلك وقد تقدم من قول مطرف وابن الماجشون ما ظاهره انه ليس له اخراجه وقد لزمه ذلك بمجرد الاذن وجه قول مالك انه

اذن فيماله منعه فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك اذا أذن لعبده فى التجارة ووجه قول ابن الماجشون انه اذا أذن له فى عمل يلزمه به المؤون والنفقة أصل ذلك اذا قال اشتر هذه الدابة وأنا أسلفك ثمنها (فرع) وأما اذا بنى ثم أراد اخراجه انه ليس له أن يخرجه الا ان أعطاه قيمة ما أنفق وروى الدمياطى عن ابن القاسم ليس له أن يخرجه وان أعطاه ما أنفق وقال أصبغ ليس له أن يخرجه وان أعطاه قيمته قائما واختاره يحيى بن عمر وقال أشهب فى كتبه له اخراجه ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوضا وجه القول الأول ان العقد غير لازم لانه اذن فى منفعة على ما تقدم ولكنه لما تمون وأنفق تعلق حقه بذلك فليس له أن يخرجه الا أن يجبر عليه ما كان اذنه سببا لاتلافه وجه القول الثانى انه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة ووجه القول الثالث انه عقد غير لازم فللآذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط حيث لم يتوثق بضرب الأجل وبهذا احتج أشهب (فرع) واذا قلنا له اخراجه اذا دفع اليه حقه ففى نوادر أبى محمد قال فى المدونة يدفع اليه ما أنفق قال وقال فى موضع آخر اذا دفع اليه قيمة ما أنفق وهذا الذى ثبت فى كتابى فى المدونة وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنيانه قائما ونحوه قال مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه قوله يدفع اليه ما أنفق ان ذلك الذى يمونه لسبب اذنه فكان عليه اذا أراد اخراجه عدم ذلك ووجه القول الثانى انه أتلف عليه قيمة نفقته وأما ما زاد على ذلك تبذيرا وخطأ فلم يجده عليه اذنه ووجه القول الثالث ان البنيان قد ملكه بتمامه بالنفقة والتمون وهو الذى أتلفه عليه باخراجه بعد الاذن فعليه غرم قيمة ذلك (فرع) فاذا قلنا ليس له اخراجه بقرب تمام بنيانه فتى يكون له ذلك قال فى المدونة اذا استكمل ما يرى الناس انه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها وروى عنه الدمياطى اذا مضى من المدة مقدار ما يعار الى مثله فالمعنيان متقاربان وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك ان كل بان وغارس فى أرض قوم باذنهم أو علمهم فلم يمنعوه فله قيمة ذلك قائما كالبانى بشبهة وجه القول الاول ان العارية لا تقتضى تمليك الرقبة وانما تقتضى الارفاق بالمنافع مدة فان لم تكن المدة مقدرة بالأجل رجع فى ذلك الى العرف والعادة وقول مطرف وابن الماجشون مبنى على ما تقدم لهما من أنه ليس له اخراجهما بابطال ما بنياه فعليه أن يعطيهما قيمته قائما كالبانى بشبهة (مسئلة) وأما ان ضرب لذلك أجلا ففى المدونة عن مالك ليس له أن يخرجه قبل الاجل وقبل البناء ولا بعده قال لانك قد أوجبت ذلك له ووجه ذلك انه عقد لازم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل اسلفك أو أرهنك ولم يتقرر السلف ولا الهبة فانه لا يلزمه ذلك ولو قدرها الزمه ذلك اذا اعلق ذلك بعقد أو عمل فيه نفقة

(فصل) وقوله أن يغرز خشبه فى جداره هكذا تقيد فى كتابى فى رواية يحيى بن يحيى وفى كتاب أبى الحسن الدارقطنى فى اختلاف الموطآت وقال لى أبو عبد الله الصورى سألت أبا محمد عبد الغنى عن ذلك فقال لى كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبى جعفر الطحاوى فانه قال خشبة على التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

* مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر ابن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ﴾ ش قوله ان الضحاك ساق خليجا له وهو الماء يختلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد بن مسلمة فأراد أن يمره فيه فمنعه محمد بن مسلمة فاحتج عليه الضحاك بان قال له لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرا ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمره فى أرضه بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لان مقدار شربه أولا وآخرا مجهول وقد روى ابن سحنون عن أبيه فيمن أعطى رجلا أرض حائط له وترابه على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقته فاذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء ان ذلك لا يجوز لان الحمل ليس الى أجل معلوم ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم ويحتمل أن يريد به ان ذلك حكم ما يمر فى أرضك من المياه ان كان مجرى الماء متصلا بأرضه فيصل فى أرضه وهو غير مملوك وانما كان له مجرى على غير أرض محمد فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك الى سقى أرضه فيكون محمد أحق به لانه الأعلى وقد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض وله أرض دون أرض فأراد أن يجرى ماءه فى أرض انه ليس له ذلك ولم يأخذ بما روى عن عمر فى ذلك ورواه عنه ابن القاسم فى المجموعة وقال عنه أشهب كان يقال يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور قال مالك وأخذ بها من يوثق به فلو كان معتدلا فى زماننا هذا كاعتداله فى زمان عمر رأيت أن يقضى له باجراء مائه فى أرضك لانك تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ولكن فسد الناس واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعى جارك عليك به دعوى فى أرضك وقال ابن كنانة نحوه وروى زياد بن عبد الرحمن انه ان لم يضر به فليقض عليه بمروره فى أرضه وان أضر به منع من ذلك وقال أشهب ان كانت أرضك أحييت بعد احياء عينه وأرضه كان له الممر فى أرضك وأن يجرى ماءه فيها الى أرضه بالقضاء وان كانت أرضك قبل عينه وقبل أرضه فليس فى أرضك ممر الى عينه ولا لعينه ممر فى أرضك الى أرضه فعلى هذا يحتمل فعل عمر وجهين أحدهما انه على ظاهره ولمالك فيه ثلاثة أقوال أحدها المخالفة له على الاطلاق وهى رواية ابن القاسم واختارها عيسى بن دينار وبه قال أبو حنيفة والدليل على صحته ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه الا باذنه واللبن يتجدد ويخلفه غيره والأرض التى يمرفيها بالساقية لا يعتاض منها والثانى الموافقة له على وجه وذلك على وجهين أحدهما أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن عمر فى هذا الحكم انما كان لاختلاف أحوال الناس وان أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب وأن حكم ابن الخطاب يمثل فى الأزمنة التى يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرج عما لا يحل وأن الزمن الذى يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك لانه قد يطول الأمر فيدعى صاحب الماء الممر فى أرض من قضى له بامراره فى أرضه فيدعى ملك رقبة الممر ويدعى فيها حقوقا فيشهد له ما قضى له به وهذه رواية أشهب واختارها ابن كنانة ووجه آخر وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة انما صارت اليه بان أحياها بعد ان أحيا الضحاك ابن خليفة أرضه وملك ماءه والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على أطلاق لفظه وهى رواية زياد بن عبد الرحمن الأندلسى حكاها الشيخ أبو محمد فى نوادره وأصل ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ضرر ولا ضرار والضرار ادخال الضرر على الجار دون منفعة

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك

لمن جوز ذلك الضرر وأنكر الشافعي على مالك انه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به وليس كما أنكر فان محمد بن مسلمة ممن خالفه في ذلك وخالف على منعه ذلك ولو اعتقد انه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على اننا ذكرنا وجوها من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وانما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع الى الأفضل فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بانه لا يحنثه فيبر بقسمه وان كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه اكراما له واعجابا لا سيما اذا دعاه الى أمر هو أفضل مما ذهب هو اليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسلمة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وان كان يمينه على معنى التحكم عليه فان محمد بن مسلمة لا يسمح بمثل هذا ولا يتحكم عليه بمثله ويحتمل أن يريد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى انه الحق وحاربت وأدت المحاربة الى مالك واجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والأول أظهر والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ﴾ ش قوله كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف قال يحيي الربيع الساقية الظاهرة وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه من الحائط الى مكان هو أقرب الى حائطه ليقرب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من اصلاحه فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقد روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمر وروى عيسى في المدونة عن مالك انه لا يرى له تحويله وان لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر الا أن يرضى به وبه قال أبو حنيفة وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ان لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وهذا فيما يراد تحويله وقال عيسى بن دينار يقضى عليه بذلك ورواه يحيي عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق لغيره في أرضه الى موضع هو أرفق به وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق الى أرضي اذ هو أرفق بي وبأهل الطريق فقال ليس ذلك الا أن يكون الشئ القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة في ذلك وقال ابن حبيب قال ابن القاسم ليس لأحد أن يجرى طريقا وان كانت أسهل من الاولى وان أذن بذلك من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم الا أن تكون الطريق لقوم معينين فيأذنون فيها وقال ابن الماجشون ينظر الامام في ذلك فان رأى تحويلها منفعة للعامة في سهولتها وقربها أو أقرب وسهل فله أن يأذن في ذلك وان رأى في ذلك ضررا على أحد منع منه وان حولها بغير اذن الامام نظر فيه فان رأى ذلك صوابا أمضاه والا رده

---

* حدثني مالك عن عمرو ابن يحيي المازني عن أبيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله

﴿ القضاء في قسم الاموال ﴾

ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلي انه قال بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام ﴾ ش قوله أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية يحتمل أن يريد به نفذت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريد بها استحقت سهامها في الجاهلية بان مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها يريد صلى الله عليه وسلم ترك الرد لما سلف من عقودهم في جاهليتهم وامضائها على ما وقعت عليه ولذلك لا يرد شيء من بيوعهم ولا أنكحتهم وان كانت فاسدة بل يصحح الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين والظاهر منه والله أعلم ان ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركا فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهي على حكم الاسلام دون ما كانوا يعتقدونه ويقتسمون عليه في جاهليتهم مثل ان يرثوا دارا في الجاهلية فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام فانهم يقتسمونها على مواريث الاسلام وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان ذلك في المجوس والفرس والفرازية وكل من ليس له كتاب فأما اليهود والنصارى فان أسلموا بعد ان ورثوا دارا فانهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك ان ذلك في الكفار كلهم أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شريعتهم أحكامها ثابتة مشروعة وان كنا لا ندري ما غير وامنها وقد طرأ عليها النسخ ولذلك كانت أحكام نسائهم في جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب ولذلك جاز لنا أكل ذبائحهم دون ذبائح غيرهم والمواريث انما يراعى استحقاقها يوم التوارث لا يوم القسمة ألا ترى ان النصراني اذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته وان أسلموا بعد ذلك لأنهم غير ورثته يوم وفاته وهو يوم انتقال المال ونتأول الحديث على أن لفظه عام وقد خص بما ذكرناه وانه أريد به من ليس من أهل الكتاب ولذلك ذكر الجاهلية وانما ينطلق ظاهرها على مشركي قريش ونحمله أيضا على ما قدمناه من انه أدرك الاسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود وتمييز مواضع الحقوق ووجه الرواية الثانية التعلق بعموم الخبر ولم يخص أهل كتاب من غيرهم (فرع) وهذا اذا أسلم جميعهم فان أسلم بعضهم فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه ان أسلم جميعهم الا واحد منهم فان القسمة تكون على أصل حظوظهم ورواه ابن مزين عن ابن نافع وقال بعض شيوخنا ان حكم الاسلام يغلب على حكم الكفر الا في هذه المسئلة وفي هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين ولولا ان الفقهاء اتفقوا على حمل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل انه لا يقسم الا على مقتضى شرعهم وان أسلم جميعهم ويحمل الحديث على ان معنى قوله على قسم الاسلام على صفته من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعا وسلامته مما يفسد القسمة عند من جعلها تمييز حق وان تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجبه شرعهم يوم التوارث وانما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له بل مع كونه الاظهر من

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ثور بن زيد الديلي انه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام

اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق ولأصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها ان شاء الله تعالى وقد قال مالك في المدونة ان القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار اليه لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذي صار اليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا انها تمييز حق انه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت انها تمييز حق وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة في ثلاثة اخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقتسموهم فأخذ كل واحد عبدا فمات عبد أحدهم واعترف عبد الآخر فمن مات بيده العبد لا يرجع بشيء ولا يرجع عليه بشيء ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه والذي هو بيده ثلثاه قال أشهب في المجموعة فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يديه العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع فقد قال سحنون القسم ليس كالبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو محمد ان القسمة في الاصل على ثلاثة أوجه قسمة مهاياة وهي ان يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها وهذا دارا يسكنها وهذا أرضا يزرعها وهذا أرضا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباها لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع بأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لأنها بيع ومحصولها أن باع أحدهما حصته من احدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثاني والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل وذلك اذا كانت الداران مختلفتي البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر فانها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهام وهذا الذي قاله كله فيه نظر وذلك ان الذي ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة بعد تعديل وهي التي يجبر عليها من أبى القسمة فيها ينقسم وقسمة مراضاة ومهايأة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الاضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فانها تصح في المتماثل أو المتجانس وسيأتي ذكر ذلك وشرحه بعد هذا ولا يصح أن يجمع فيها أيضا اثنين لغير علة بل يقدر نصيب كل انسان قاله مالك في المدونة ووجه ذلك انها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه الى جانب سهم آخر معين ينافي استقصاء الحقوق (مسئلة) وصفة ذلك أن يقسم العرصة ويحقق على أقل سهام الفريضة فما كان متساويا قسم بالذرع وما اختلف أجزاؤه قسم بالقيمة رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضي أبو محمد فربما كان الحد الواحد من أحد طرفي العرصة يعادل حد شق من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر يقوم القاسم كل شجرة ان كان ممن يعرف ذلك والا سأل أهل المعرفة بالقيمة ومن يحس حمل كل شجرة فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى يكثر حملها ولا منظر لها واذا قوم ذلك كله جمع القيمة فقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع ويجعل في طين أو شمع ثم يرمي كل بندقة في حقه فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة وقيل تكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الأسماء وأول بندقة من الجهات فيعطي من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة فهذا الذي ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب مما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء في رقاع
وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على
خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم يريد يكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل يضرب
بخمسة أسهم يريد ويكتب اسم كل واحد منهما في رقعتين واسم البنت في رقعة قال والأول أصوب قال
الشيخ أبو محمد يريد لان الضرب انما يخرجك الى ثلاثة أسهم والضرب بها يكون ضرر بين لا أكثر
قال ويستر ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأي جهة من الجهات فان اختلفوا أقرع على أي الجهات
يبدأ بالأخذ منها فأي جهة خرجت عمل على البداءة بها ثم يؤخر رقعة من تلك الرقاع فمن وجد فيها اسمه
أعطى أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه فقد استوفى حقه وان كان أقل من حقه أضيف اليه حقه
ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيأ متصلا بالسهم الأول حتى يستوفي هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرة
تفريق حصته فاذا استوفى حقه هذا تميز حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الاشراك فيعمل لهم في باقي
الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذي حق منهم وهذا معنى ما في المدونة من قول مالك وابن القاسم
وقال محمد بن عبد الحكم وقد قيل ان صاحب السدس لا يكون الا في أحد الطرفين والأول أحب
الي قال الشيخ أبو محمد انما هذا اذا كانت القسمة بين ابن وزوجة وهذا الذي أنكره أبو محمد وقد يكون
مع الجماعة أيضا اذا كانوا أهل سهم كالعصبة فقد قال مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة
والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين قال ابن القاسم كان العصبة واحدا أو جماعة قال ابن حبيب
لان العصبة كأهل سهم واحد وقال المغيرة في الزوجة مع العصبة انها تعطى حقها حيث خرج في طرف
أو غيره قال ابن الماجشون وبهذا أقول فتبين بهذا أن الاختلاف الذي أنكره الشيخ أبو محمد
هو اختلاف من قول أصحابنا حيث يتصور الخلاف فان الموضع الذي فسره به لا يتصور فيه الخلاف
وانما ثبت الخلاف بما ذكرناه لاختلاف أصحابنا في العصبة هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم وقد
ذكرته في الشفعة فمن جعلهم أهل سهم جمع سهامهم في القرعة وأفرد عنهم من ليس منهم ومن لم
يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم الا بحسب ما تجمعه القرعة أو تفرقه والله أعلم وأحكم (فرع)
اذا ثبت ذلك فان هذه القسمة ان ثبت فيها بعد هذا غبن في قيمة أو ذرع كان لمن وجدت في حصته
المطالبة بها لانه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدر فان وجد في ذلك نقصا كان له الرجوع به
(فصل) وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على
اختلافها من كان له نصف ميز له النصف ومن كان له ثلث ميز له الثلث ومن له السدس ميز له السدس
وان كانت الأرض متساوية فبالذرع وان كانت مختلفة فبالتقويم أو بهما ثم يتراضون على ما خرج
لكل واحد منهم ويرون انهم قد تساووا وسواء كان ذلك في جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة
فان ذلك كله جائز وهذه القسمة أيضا متى ظهر فيها على غبن في ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك
لما قدمناه
(فصل) وأما قسمة المراضاة بغير تقويم ولا تعديل فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد
منهم ما عين له ويتراضوا به من غير تقويم ولا تعديل فهذه القسمة أيضا تجوز في المختلف من الأجناس
ولا قيام فيها للمغبون لانه لم يأخذ ما صار اليه على انه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدر ولا على انه مماثل
لجميع ما كان له وانما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه سواء كان أقل منه أو أكثر
فالضربان الأولان من القسمة أقرب الى تميز الحق وهذا الضرب أقرب الى انه بيع من البيوع والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبغ على قدر الانصباء وبه قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أثر قليل الانصباء زيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أشراك أرض لاحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها وللثالث ثمنها لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثمانا ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمة فيها أقل فاذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير ولم يؤثر الا عملا يسيرا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملا كثيرا فوجب اطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لانه يقسم أثمانا أربعة وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع الى أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة لأنها عوض عن العمل وقول أصبغ أظهر لا سيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهام وأما اذا كانت قسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب جميعهم القسمة الا واحد منهم أبى ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا تجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه شهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان القاضي أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضي اليوم انه أمره بذلك وكذلك العامل والمحلف والكاتب والناظر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضي قال ابن حبيب وان لم يكن هذا القاضي هو أمر القاسم وانما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به في القسمة فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلا ولا بد من شهادة اثنين سواه وكذلك من تقدم ذكره قال ابن الماجشون لان فعل المأمور في ذلك كفعل الآمر مرتزقا أو غير مرتزق وقال ابن حبيب هو تفسير قول مالك قال ابن حبيب وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة وهذا الذي قاله ابن حبيب فيه نظر لان القسمة تصح من غير القاضي وانما يستنيب القاضي فيما يختص به من الأحكام كالاعذار الى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضي أبو محمد فأول قوله ان أحد أنواع القسمة قسمة المهايأة وهو أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخر دارا أخرى أو يزرع أحدهما أرضا ويزرع الآخر أرضا أخرى وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب وانما هو من قسمة المنافع وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب فأما قسمة المنافع فانها على ضربين أحدهما أن يتهايآ بالأزمان والثاني أن يتهايآ بالأعيان فأما التهايؤ بالأزمان فعلى ضربين أحدهما أن يقولا يستخدم أحدنا العبد يوما ويستخدمه الآخر يوما ويزرع أحدنا الأرض عاما ويزرعها الآخر عاما والضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم ولي غلته يوم آخر فأما التهايؤ على أن تكون غلته يوما لاحدهما ويوما للآخر ففي كتاب محمد لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وان كان ذلك يوما واحدا قال محمد وقد سهل مالك في اليوم الواحد وكرهه في أكثر منه وأجازه في الخدمة فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه الاباحة ان الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتقاربها وتساوي غلتها في ذلك في غالب الحال ويحتمل أن تكون

رواية المنع مبنية على أن القسمة بيع ورواية الاباحة على أنها تمييز حق (مسئلة) وأما في الخدمة وهو قوله يخدم مني اليوم ويخدمك غدا فاتفقوا على تجويزه في الأيام اليسيرة فقال ابن المواز انما يجوز في مثل خمسة أيام فأقل وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجوز في الشهر قال ابن القاسم وأكثر من الشهر قليلا (فرق) والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدته وذلك انه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه وأما الغلة فمجهولة وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه فاذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والأرضون فقد قال ابن القاسم في المجموعة ان التهايؤ يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأمونة الا أنه ان كان التهايؤ في أرض المزارعة فلا يجوز عندي الا أن تكون مأمونة

(فصل) فأما التهايؤ بالأعيان فان يستخدم هذا عبدا ويستخدم هذا آخر ويزرع هذا أرضا ويزرع صاحبه أخرى ففي المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا في سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز في الغلة والكراء ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لان قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع أيضا فيه نظر لانه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الا ولغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل واذ قد أخرجته قسمته الى أن جعل قسمة المراضاة قسمة بيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها والله أعلم وأحكم

(فصل) وتضمن قوله اسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل واعاذكر التقويم في قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة وأكثر ما يقسم به الناس والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليست قسمة المهاياة في المنافع واجبة يجبر عليها من أباها قول فيه نظر فان قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضا أحد وانما يجبر على قسمة القرعة خاصة اذا وجبت وقد أشار مطرف وابن الماجشون في الواضحة الى أنها لا تثبت في حق الصغار فقالا ان كانت الأرض مستوية في كرمها أو لؤمها قسمت بالقيمة وان تراضوا وهم أكابر على قسمتها بالتحري والمراضاة على السواء أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة فذلك جائز قاله أصبغ فشرطوا في جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكابر وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا انه لا يجوز على الأصاغر الا قسمة القرعة وهو الذي يقتضيه النظر الا أن يكون في قسمة المراضاة وجه بين من المصلحة للايتام فذلك جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال يحيي سمعت مالكا يقول فيمن هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وأن البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من ترك أموالا بالعالية والسافلة وهما جهتان بالمدينة وأشار بالأموال الى الأرضين وما فيهما من الشجر وان كان اسم المال واقعا على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الا أن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمان اطلاق اسم الأموال على الأرض وما فيها من النخيل والأعناب وقال ان البعل لا يقسم مع النضح وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة يريد قسمة القرعة التي تكون بالجبر ولا خلاف في ذلك ولذلك قال مالك الا أن يرضى

﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول فيمن هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة أن البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وان البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما الا برضا أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما ينفي مالك في موطئه القسمة على هذا التأويل اذا أبى ذلك أحدهما ويثبت الجواز اذا اتفقا على المراضاة بذلك وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقتسمانهما بينهما الا أن يتراضيا ويعتدلا في القسم يريد بالقيمة قال سحنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين وان تراضيا فقولهما الا أن يعتدلا بالقيمة دليل على انه أراد القسمة بالقرعة لانه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتونة من غير قرعة وهذا تصريح بتجويز جمع المختلفين في قسم القرعة اذا تراضى بذلك المتقاسمان وانما يمنع منه اذا أباه أحدهما وذكر سحنون عن ابن القاسم ان قوله المعروف انه لا يجوز ذلك وان تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب ان الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون معنى قوله الا أن يرضى أهله بذلك يريد انه ان رضي أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه الا أن يرضى أهله بذلك انه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة الا أن يرضى أهله بذلك فيقتسمونه مراضاة دون قرعة (مسئلة) ومنع في قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين يريد ما يسقى بالعين من غير نضح وهو السيح لانهما يزكى بالعشر والنضح مخالف لهما في ذلك فانه مما يزكى بنصف العشر وقد روى في المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه وكذلك قال انه يجمع في القسم الأموال التي بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأماكن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد انه يراعى فيها تقارب الأماكن وتفسير ذلك ان كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والارحى والأشجار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها فأما الأصول الثابتة فاذا كانت كثيرة ذات أنواع وكان كل نوع منها يحتمل القسمة فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها في موضع واحد وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع فان مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشروط تفسيرها بعد هذا ان شاء الله وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم لكل انسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض والدليل على ما نقوله ان القسمة على العدد مع اتفاق المنافع والأماكن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة لانه اذا قسم كل دار وكل أرض قلت قيمتها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبتت الشفعة في الأملاك وذلك مما ينفي قيمتها ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وأكثر أصحابنا على الاطلاق وقال ابن عبدوس عن أشهب في أرجنة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض وقال بعضهم يجمع لي نصيبي ان كانت في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وان زاد حظه على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام حقه فاذا استوفيت انصباء الذين أرادوا الجمع قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به قال ابن عبدوس تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحدا وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع فان خرج سهم من يريد التفرقة جمع اليه باقي حقوقهم وصار كحق رجل واحد وحيثما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدتها وقال أشهب وان تباعدت الارض ليست في نمط قسم الذين أرادوا التفرقة

انصباءهم فى كل أرض ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس يجعل سهم من أراد الجمع ههنا بينهما شيأ واحدا يسهم لهم فى كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطى من أراد التفرق نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لانه لايجمع عندهم حظ اثنين فى القسم وهذا أيضا على ماذهب اليه أشهب ان الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمراعى فيما يلزم به الجمع شرطان أحدهما تقارب المنافع وتجانسها والثانى تقارب المواضع فان انخرم من هذين الشرطين أحدهما لم يلزم الجمع وفى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى الأرضين اذا تقاربت وبعضها بعين وبعضها بنضح لم تجمع وان تباعدت وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجمع وان تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين جمعت (فرع) اذا ثبت مراعاة هذين الشرطين فقد قال فى الأصل ان البعل يقسم مع العين وهو المشهور من المذهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك فى المجموعة لايقسم مع السقى وان تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لايضم مايسقى بعين أو بنضح مع البعل فى القسم ولا النضح مع السيح لاختلاف المؤن (مسئلة) وأما الأرض الكريمة واللئيمة فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة اذا تدانت الأرض فى كرمها واشتبهت الحوائط جمعت فى القسم ان تقاربت مواضعها وقال ابن القاسم فى المدونة ان اختلفت العيون فى سقيها الارض واختلفت الارض فى كرمها قسمت كل أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أيضا فى المجموعة وأما الارضون فى نمط فتجمع وان تقاربت فى الكرم قال سحنون وابن القاسم لايجمعها وقال عيسى ان كانت الارض الكريمة تحتمل القسمة والارض اللئيمة تحتمل القسمة قسمت الكريمة على حدة واللئيمة على حدة وجه رواية المنع أن اختلاف المنافع فى الجنس الواحد وتباينها يقتضى اختلافها فى الجنس كرقيق الثياب وغليظها فى البيع الى أجل وقول ابن القاسم فى الدور خلاف قوله فى الثياب ولعله قد قال فى المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز ان المراعى فى القسمة جنس المنافع دون تفاضلها ولذلك تجمع ثياب الحرير غليظها ورقيقها مع الفراء وثياب الكتان غليظها ورقيقها ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب فى الثياب ورواية الاجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما الأشجار فقد روى أشهب عن مالك فى الحائطين المتقاربين المشتبهين فى السقى أحدهما عجوة والآخر صيحانى يجمعان فى القسم ولم يراع فيه جودة الثمر ولا رداءته لانه أمر غير موجود حين القسمة ولا ثابت فانما يلزمه أن يراعى جودة الشجر فى أنفسها وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى وقد قال مالك فى النخل تختلف ألوانه فى الحائط كالبرنى والصيحانى واللون والجرور انه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه فى موضع من الحائط ولا يلتفت الى ماصار لكل واحد منهم من أنواع التمر وهذا فى الجنس الواحد لتقارب منافعه وأما الأجناس المختلفة ففى المجموعة عن ابن القاسم فى شجر تفاح ورمان وخوخ واترج وغيرها من الفواكه مختلطة فى جنان واحد يجمع ذلك كله فى القسم بالقيمة والسهم قال سحنون هو استحسان الرفق باجتماع السهم وأنا أكره أن يقسم هنا قسمة واحدة وزاد فى المدونة بأثر هذا قال فى الفواكه فان كل شئ من ذلك على حدة يحتمل قسم كل جنان على حدة قسم فعلى هذا القول لابن القاسم وما تقدم له قبل أن مايقسم على ثلاثة أضرب يجمع بينه فى القسمة وان كان كل نوع منه يحتمل القسمة بانفراده كالنخل منها البرنى والصيحانى وسائر أنواع التمر وضرب يجمع بينه اذا لم يحتمل أنواعه فى القسمة ولا يجمع بينه اذا احتملته كالفواكه والجيد مع الردىء وهذا

القسم الاول هو الذى قال فيه سحنون لما أورده مطلقا من هذا التقييد انه استحسان وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيقها والفراء مع القمص وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبعل مع النضح وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر ان كان بعضها أقل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جمعت فى القسم الا أن يأتى من ذلك أمر يتباين وقال ابن حبيب مثله (مسئلة) وأما الدور فانما تتفاضل بالبنيان أو برغبة الناس فى المواضع والزهد فيها فأما البنيان فقد قال سحنون فى كتاب ابنه ان كانت احدى الدارين قاعة لم يجمعها فى القسمة وان كان بناء احدى الدارين أجد من بناء الأخرى جمع فى القسم اذا كانت فى نمط واحد وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى المجموعة اذا اشتبهت الدور فى بنائها وتقاربت جمعن فى القسم فيجىء من مجموع قولهما مراعاة فصلين أحدهما ان كانت احدى الدارين عارية من البنيان أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية والفصل الثانى أن يكون بنيانهما متباينا فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عندى طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان انه لا يجمع فى القسم وما كان فى البيع جنسا واحدا فانه يجمع فى القسم وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر والارض تجمع فى القسم و بعضها أفضل من بعض الا أن تتباين فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنيان فى القسم الا أن يتباين فلا يجمع والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الاماكن فقد قال اشهب فى المجموعة اذا كانت الدار فى نمط واحد جمعت فى القسم وان كان بعضها أعمر من بعض كالارضين فى نمط واحد ولو بعضها أكرم من بعض قال سحنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور فى نمط ونفاقها مختلف ومن دارى الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف فثبت الاختلاف بين أشهب وسحنون فى النمط الواحد ويجب أن يحقق مع النمط معنى النمط ثم يبين وجه الاختلاف وذلك أن النمط يستعمل كثيرا بمعنى التقارب فى الصفة فيقال هذه الثياب نمط واحد وهؤلاء القوم من نمط بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال الا انه لا يصلح أن يريد انه فى هذا الموضع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب فى المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطا فى صحة الجمع ومنع منه سحنون الا بان ينضم الى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس فقد يكون أحد طرفى المحلة أو الموضع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك غير ان أشهب جوز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة وان كان بعضها أكرم من بعض فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك الا فى التفاضل اليسير الذى لا تختلف فيه المنافع اختلافا بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور رقرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والاخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا بتراض بغير سهم فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن ولم يذكر ان ذلك فى نمط واحد أو أنماط متباعدة وقال ابن القاسم فى المجموعة ما كان حول المسجد من الدور فهو الذى تتشاح الناس فيه ويضم بعضه الى بعض وفى المجموعة لابن القاسم اذا كانت احدى الدارين فى ناحية من المدينة والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى الا أن رغبة الناس فى الموضعين سواء فانهما يجمعان فى القسم لان الدارين سواء

فى الموضع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى فى الأماكن تساويهما فى رغبة الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلد الواحد لا تختلف اغراض الناس فيه مع تساوى الموضعين فى النفاق والمرافق وتختلف فى البلدين فتلخص من هذا ان أشهب راعى فى الأماكن تقارب الدور فى النمط وراعى سحنون القرب والتساوى فى النفاق وراعى ابن القاسم التساوى فى النفاق خاصة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب وسحنون فى مراعاة القرب فقد قال أشهب عن مالك فى المجموعة اذا تباعد ما بين الدار بن مثل منزلى هذا ومنزل آخر بالثنية لم يجمع فى القسم بخلاف النخيل والحوائط

(فصل) وأما البعد فى الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قسمت كل قرية مفردة وان تساوت رغبة الناس فيها * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا كله عندى بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدى اليه الاجتهاد وانما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون فى المجموعة ليس للقرب حد الا بقدر ما يرى يوم يقع

(مسئلة) وأما الأشجار فان ابن حبيب يجمع البعل كله اذا تجاور فى الموضع كالميل والميلين وقال فى العتبية والمجموعة عن مالك فى املاك بين ورثة منها بوادى القرى وبخيبر وبالفرع ان من كان منها بوادى القرى وبخيبر جمع فى القسم ويجمع ما كان بالفرع الى ما كان بناحيتها قال عنه أشهب بخلاف الدور وقد قال عن مالك فى المدونة فى الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان ان كل شئ من ذلك بقدر بالقسمة قال عنه أشهب ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خيبر وقال فى كتاب الصلاة بينهما ثمانية وأربعون ميلا

(فصل) وأما الماجل والحمام والبيت الصغير فقد قال مالك لا يقسم الحمام وغيره مما فى قسمته ضرر قال عبد الملك فى المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق مالكا على قسمة الحمام ولا سمعت من يستجيز ذلك قال ابن حبيب وهو قول أبى حنيفة وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك الا ابن كنانة قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم وان كان أصغرهم حظا له انتفاع فى وجه من وجوه المنافع وان قل مما لا ضرر فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذى آخذ به ان كان لبعضهم فى ذلك منفعة لسعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه وقسمة ثمنه أولى بالصواب واحتج مالك لقوله بقوله تعالى مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا وقال من خالفه فى ذلك من أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ويقسم ثمنه دون عينه واحتج ابن القاسم بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضرر ولا اضرار وهذا أيضا يحتاج الى تأمل قد ذكرته فى الاستيفاء (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يقسم الحمام ولا الفرن ولا الرحا ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا الدكان ولا الجدار ولا الطريق ولا الشجرة وفى المجموعة يقسم الجدار ان لم يكن فيه ضرر وليس ذلك باختلاف والخلاف فى ذلك كله على ما تقدم ومعنى الضرر فى ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التى تقسم فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن وأما الحمام فلا يتصور ذلك فيه لانه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماما فى الأغلب ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم وراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منافعه وان بقى على حكم منفعته وأما ما راعيه ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره

(فصل) وأما ماليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض فان منه ما يقسم دون ضرر ومنه ما لا يقسم الا بضرر فاما ما يقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب فاما العبيد فانه يجمع في القسم ذكورهم واناثهم صغارهم وكبارهم وأعجميهم وفصيحهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والهديم وان تقاربت أثمانهم اذا اعتدلت في القيمة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة فأراد بعضهم قسمه ان استطيع أن يقسم قسم والا بيع فان كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالخمسة بين العشرة لم تقسم قال ابن حبيب ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمر ولا الابل مع البقر ولا البقر مع الغنم وان اعتدلت الغنم ولكن يقسم كل نوع على حدته قال ابن القاسم في المدونة والبراذين صنف على حدة ويقسم بالتراضي وقال يحيى ابن يحيى في العتبية بلغني عن ابن الماجشون انه لا يقسم شئ من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك ويقسم ثمنه قال الشيخ أبو محمد والذى روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وجه القول الأول انه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين ووجه القول الثانى ان ما لا تنقسم آحاده فلا تنقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسئلة) وأما الثياب فقد قال ابن حبيب ذهب ابن القاسم الى ان البز كله من الخز والحرير قال في المدونة والديباج قال ابن حبيب عنه في القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المدونة اذا كان كل صنف لا يحتمل أن يفرد بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا تجمع مع البز والثياب وعندى ان ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز وان هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئي بمعنى التجمل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البز الأكسية والملاحف لانها تلبس على هذا الوجه وبذلك يتميز البز من غيره من الأجناس وهى عنده علة الجمع في القسم قال ابن حبيب وخالفه مطرف وابن الماجشون لا يقسم ثياب الخز والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولا يقسم الصوف والمرعزى مع ما ذكرناه قال ابن حبيب وثياب القطن والكتان صنف واحد في القسمة وان كان فيها قمص وأردية وعمائم زاد ابن القاسم في المدونة وسراويلات وثياب الخز والحرير من الوشى وغيره صنف واحد الا ما كان من وشى يريد في المدونة والله أعلم وشى القطن والكتان فلا يقسم مع وشى الخز والحرير وليقسم وحده قال وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف وان كان منها جبب وتيجان وفراء الخز فان صنف لا يضم الى فراء الفنليات وقال أشهب في المجموعة كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين الى أجل فلا يضم له في القسم لانهما صنفان وكل ما لا يجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع ما يقع عليه اسم بز لوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمير والابل قال ابن عبدوس ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون وعندى انه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة لانه لا يسلم في شئ من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم وقال أشهب في المجموعة لا يجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت (مسئلة) وأما ما كان من الطعام فلا يخلو أن يكون مما يجرى فيه الربا أو مما لا يجرى فيه الربا فان كان مما لا يجرى فيه الربا فلا يخلو أن يكون جزافا أو مكيلا أو موزونا فان كان جزافا وكان مما تدعو الى قسمته في رؤس شجره حاجة فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعتبية عن مالك اجازة ذلك بشروط اتفق على بعضها انهما اتفقا أن تختلف حاجتهم الى ذلك بأن يريد بعضهم

بيعاو بعضهم أن يأكل رطباو بعضهم أن ييبس وأما ان أراد أحدهما بيعه والآخر أكله فقد جوز
ذلك ابن القاسم فى البلح الكبير وأنكره سحنون ولم يره اختلاف حاجة لان الذى يبيع يجد وقد
اجتمعا على الجداد لان تركه يبطل القسم وهذا الذى قاله سحنون فيه نظر لان مالكا جوز
قسمته من غير جد فمن أراد أن يعجل الجد عجل ومن أراد أن يؤخره أخر ولو كان على الجد لما قسم
الا بالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لاتجوز قسمته اذا أثمر وقال فى المدونة ولو اقتسماه بعدما أزهى
حين اختلفت حاجتهما فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة وقال فى موضع آخر منها لان قسمة
ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض والخرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد
ويباشر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله وكذلك من أراد أن
يأكل لا يمكنه جده الاحسب حاجته الى أكله وذلك لايتقدر الابحسب مايبدو اليه عند الحاجة
(فرع) وروى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة ان ذلك انما يكون اذا طاب وحل بيعه
قال ابن القاسم فى المدونة فان لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص قال ولايقسم النخل على
حال الا أن يجداه أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه وقال ابن القاسم فى المدونة قاله هو وأشهب فى
المجموعة ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص وان لم يجد أحدهما الابعد يوم أو يومين أو ثلاثة
أو أكثر مالم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة لانه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه فتبين
بهذا ان منعه قسمة البلح على الاطلاق وانما هو لمن أراد أن يبقيه حتى يزهى (فرع) والشرط
الثالث أن يكون ممايخرص وهو النخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك فى غيرهما وقال لاتقسم
الفاكهة بالخرص وان احتاج اليها أهلها وانما ذلك فى النخل والعنب وقد ذكر لى بعض أصحابنا ان
مالكا رخص فيه فسألته عنه فقال لاأرى ذلك وروى أشهب عن مالك فى المجموعة لابأس به فى
النخل والعنب والتين وغير ذلك وجه القول الأول انه معنى شرع فيه الخرص فوجب أن يختص
بالنخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثانى ان الحاجة فى الزكاة الى الخرص انما هى لانها مما جرت
العادة بأكله رطبا فخرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة فى الثمرة وتطلق أيديهم عليها وهذا معنى
يختص بالنخل والعنب ممافيه الزكاة عند ابن القاسم والمشهور من قول مالك وأما القسمة فالحاجة
اليها فى سائر الثمار كالحاجة اليها فى النخل والعنب فاباحة الخرص للقسمة فى جميعها اذ لاسبيل اليها
بغيره (فرع) والشرط الرابع أن يكون ذلك فى الشئ اليسير وقد كره مالك ذلك فى الثمار
الكثيرة جدا لانه ممايناك بعجلة ولا يختلف عند الحاجة الا فى الشئ اليسير (فرع) والشرط
الخامس أن لايختلف فيأخذ أحدهما بسرا والآخر رطبا وان كان بالخرص ولكن لايقتسمان
الرطب ويقتسمان البسر قاله أشهب فى المجموعة وجه المنع من بيع الرطب بالتمر والبسر بالرطب
لاختلاف صفتهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار وذلك شرط فى صحة بعضه ببعض (فرع)
والشرط السادس أن يتحرى تساوى الكيل فى المكيل وان كان بعض الكيل أفضل من بعض
كالبرنى والصيحانى والعجوة والعنب الأحمر والأسود فانه يجمع فى القسم على تساوى الكيل
فان أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردا قاله مالك قال وان أحبا المقاومة جاز ذلك ومن طلب منهما
القسمة فذلك له ❊ قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى ان هذه القسمة لاتجوز الا بالقرعة وهو
ظاهر قول أصحابنا لانها تمييز الحق وأما المراضاة فانه بيع محض ولا يجوز أن ينعقد فى المطعوم الا
بقبض ناجز (مسئلة) فان اقتسمت الأصول وفيها ثمر فلا يخلو أن يكون مزهيا أو غير مزه فان كانت

الثمرة بلحا أو طلعا فقد قال أشهب انه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل مالم يبلغ أن يكون طلعا أو يكون بلحا حلوا فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان منعه قسمتها مع الطلع لانه لا يجوز قسمتها دون الطلع لانها ثمرة لم تؤبر ولا يجوز قسمتها مع الطلع لانه مأكول مما يجري فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب ويترك البلح والطلع وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال اذا لم يؤبر لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ماليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فانه لا يقسم شيء من ذلك بالخرص حتى يجد قال ابن حبيب كل مالا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم بالتحري لا زرعا ولا حصيدا ولا مدرسا ولا مصبرا الا كيلا فيما يكال أو وزنا فيما يوزن أو عددا فيما يعد ماخلا الثمار اذا بدا صلاحها وقاله مالك ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم لانه لا يجري فيه الخرص فلا يصح التساوي فيه والثاني انه لا يقبض في الوقت وعدم التقابض فيه يفسد قسمته وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم انه كره قسمة البقول بالخرص قال ابن عبدوس لانه لا يقبض كل واحد منهما ماصار اليه وقد أخطأ من قال عنه انه لا يجيز قسمته بالتحري بعد الجد وهو يجيز التحري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل (مسئلة) وان كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم ان قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة فيسقي كل واحد نخله وان كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله وأنكر ذلك سحنون وقال القسم تمييز حق والسقي على من له الثمرة بخلاف البيع ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الاصل الا ان يسقي نصف ماله في أصله ونصف مافي نخل صاحبه لأن الثمرة قد تختلف في الخرص فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقي والخرص سواء وفرق آخران الجائحة في البيع دون القسمة (مسئلة) فان قسمه صبرا فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحري فان قسم بمقاديره فقد قال ابن الماجشون في المجموعة في قسم الرطب والتمر والعنب انه يقسم على الأكثر من شأنه في البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلا أو وزنا أي ذلك شاء فعل وقد قال أشهب في المدونة بيع الزيت بالكيل فاما بالوزن فأي عرف مافي ذلك من الكيل فلا بأس به وان كان ذلك يختلف فلا خير فيه فجعل الاصل فيه الكيل وان قسم على التحري فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فان كان مما يجري فيه الربا فقد حكى ابن حبيب في واضحته عن مالك وأصحابه ان مالا يجوز فيه التفاضل لا تجوز قسمته مصبرا بالتحري الا كيلا في المكيل أو وزنا في الموزون أو عددا في المعدود وحكى ابن القاسم عن مالك انه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحري وجه القول الاول انه مما يجري فيه الربا ويلزم فيه التساوي ولا يوصل الى حقيقة ذلك بالتحري لأن التحري ليس بمقدر في نفسه فيعرف به التساوي وانما يتحرى به الموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحري ووجه القول الثاني أن التحري طريق الى معرفة التساوي والتفاضل كالوزن والكيل ولا شك ان التساوي في أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثاني (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بشرطين أحدهما ماذكره في كتاب ابن المواز انه لا يجوز ذلك في المكيل وانما يجوز في الموزون كاللحم والخبز والحيتان واحتج لذلك ابن حبيب بان التحري انما يجوز عند عدم مايقدر به والكيل لا يعدم ولو بالحفنة وانما يعدم الموازين وظاهر قول مالك في المدونة يجوز السلم في الخبز بالتحري يدل على انه يجوز ذلك مع وجود الموازين لأنه في الغالب انما يسلم اليه في أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيه استيفاء مايوزن

غالبا يوجد فيه المواز بن فان قال بهذا أحد من العلماء فيجوز على قوله بالتحرى (فرع) والشرط الثانى رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان ذلك فى الشئ القليل ووجه ذلك ان الكثير لا يتحقق فيه التساوى بالتحرى وانما يوصل الى ما يقرب من ذلك فى اليسير بأن كان بينهما شئ مما لا يعتبر ولا يقصد وأما الكثير فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الاباحة وينافيها والله أعلم (مسئلة) وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص فقد روى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تحريا على التعديل والتفضيل ولا يجوز على الشك فى التعديل كالتبادل فيه قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم الحناء والكتان والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحرى وقد قيل لا يجوز واجازته أحب الينا وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز قسم الحناء والتبن والنوى والكتان والمسك الا كيلا فى المكيل أو وزنا فى الموزون الا ان يتبين التفاضل البين قال ابن عبدوس وقول ابن القاسم أبعد فى الاصل وأحب الى وقال ابن عبدوس فى البقول قد أخطأ من قال فى البقول عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمها بعد الجد على التحرى وهو غير التحرى فى الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل وهذا خلاف ما اختاره فى قسمة الحناء والكتان والمسك والخلاف فى هذه المسئلة ظاهر فى المذهب وجه رواية الجواز انه يجوز فيه التفاضل فاذا تحرى المساواة فهو أجوز لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوى وقد يجوز التساوى فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه رواية المنع أن التحرى مع عدم التفاضل البين أن القصد المخاطرة والمغابنة وذلك يمنع الجواز كالوشك فى التساوى والقياس عندى جواز ذلك لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز كما لو كانت من جنسين مختلفين مطعوم وغير مطعوم (مسئلة) واذا ثبت ذلك فيما يكال ويوزن فقد قال سحنون لا يكون فيه السهم يريد لا يقسم بالقرعة وكذلك عندى ما قسم بالتحرى لأن التحرى بدل من الوزن وذلك اذا تساوت السهام فى الجودة والجنس والقدر لم يحتج فى ذلك الى سهام كالدنانير والدراهم بخلاف ما يحتاج الى النقود فانه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه

(فصل) وأما ما لا ينقسم الا بضرر فمنها ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والدابة ومنه ما يمكن ذلك فيه ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الحل أو الجذع من الخشب وقد قال أشهب فى المجموعة لا تقسم الخشبة فان قيل من الخشب ما يصلح بالقطع وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحا ولا يكلف ذلك من أباه وانما القسمة فى غير الرباع من الارضين فيما لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسمة فيما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم وقال ابن حبيب أيضا لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد (مسئلة) وما كان فى حكم العين الواحد كالباس والخفين والجورين وحكمه فى منع القسمة اذا أبى ذلك أحدهما حكم العين الواحدة قاله ابن القاسم وغيره من أصحابنا واختلفوا فى الفرارتين فقال ابن القاسم فى المدونة ان لم يكن فى ذلك فساد قسمتهما بين الشريكين وان كان فيهما فساد لم أقسمهما وبالله التوفيق وقال ابن حبيب لا تقسم وجعلهما كالخرج وجوز أشهب قسمتهما فى المجموعة وجه القول الاول ان الغالب من حالهما استعمالهما جميعا فى الحمل على الدابة فلا يقسمان كالخرج ووجه القول الثانى انه قد تستعمل الواحدة منهما غالبا على الدواب وعلى ظهور الرجال فثبت لهما حكم القسمة (فرع) اذا ثبت ان ذلك لا يقسم فان اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشركة جاز ذلك وان أرادوا أن يتهاونوا فى ذلك جاز ولا يجبر أحد

على ذلك ومن دعا الى البيع أجبر اشراكه على التسويق معه فان أراد البيع من دعا اليه قيل لمن أباه من اشراكه اما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها واما أن تبيع معه

﴿ القضاء في الضوارى والحريسة ﴾

قوله الضوارى يريد ما ضريت أكل زروع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة والضوارى هى التى تسمى العوادى وقد قال مالك فى المدونة فى الابل والبقر والرمك التى تعدو فى زرع الناس قد ضريت ذلك أرى أن تغرب وتباع فى بلاد لا زرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع الا ان يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لكون الدواب مستعدة والغنم مهملة والغنم يجب حفظ رعيها فاذلك لهم وان لم يستطيعوا ذلك ووصل ضررها الى الزرع بيعت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكره ربها ووجه ذلك انه ليس له الاضرار بجيرانه برعى زروعهم وافساد حوائطهم واذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع وتعذرت القدرة على حفظها لم يمكن ازالة ضررها الا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب الى بلد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة) وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطاع حراسته ومنعه من الأذى كالنحل يتخذها الرجل فى القرية يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا يأوى اليه العصافير والحمام فيصيب من فرخها فتضر بالزرع قاله مطرف أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس فى زروعهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطاع ذلك فى الماشية وقد قال مالك فى الدابة التى ضريت بافساد الزرع ولا يحرس منها تباع وتغرب فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائرة والأوز وشبههما مما لا يستطاع الاحتراس منه وأما ما يستطاع الاحتراس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واختاره ابن حبيب ومعنى ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود لا يؤمر أهله ببيعه وانما يؤمر بذلك فيما تعذر ولا يمنع بالحفظ المعتاد لمثابرته على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذى لا يمكن التحرز منه فانه يؤمر بازالته ابتداء وان لم يخرج على عادة جنسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع أذاها وقال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضريت وعلى أهل القرية حفظ زروعهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة فى المجموعة وزاد وما أحب أن يؤذى أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضرى الا بالنهار ولا يجد الناس بدا من اتخاذها لانها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يمنع من اتخاذها (مسئلة) وما أصابت الماشية التى ضريت بافساد الزروع والحوائط فقد روى عيسى عن ابن القاسم ما أصابته قبل التقدم الى أربابها فلا ضمان عليهم فيه وما أصابته بعد ذلك ضمنوه ليلا أصابته أو نهارا كالكلب العقور قال واذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه فهو ضامن تقدم اليه أو لم يتقدم وذلك يقتضى ان ما أفسدته المواشى حيث لا يجوز اتخاذها لانه ليس بموضع مسرح ولا جرت العادة بارسال المواشى فيه فان على أهلها ضمان ما أفسدته ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعده والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها وان ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها ﴾ ش ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار يريد والله أعلم أحد معنيين اما أن

﴿ القضاء فى الضوارى والحريسة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حرام ابن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها

ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من افساد الأموال وتضييعها فلما وجب لذلك حفظ الزروع التي هي معظم الأقوات وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع ولا يلزمهم ذلك بالليل لانه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعى للماشية في غالب الحال والوجه الثاني ان أهل الزرع ان أرادوا حفظ زروعهم ودفع الضرر عنها فان عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشي بالنهار ولا بد مع ذلك من الأعمال وليس كل أحد له من يرعى للقعود بتسه فان منعها الرعى اضر بها وان أراد الحفظ لها لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين انه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال الليث يضمن أرباب المواشي ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذى ذكرناه وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين قالوا والنفش لا يكون الا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن شريح وهذا ليس ببين لانه لو كان في الآية التصريح بالحكم انه ضمن أهل الماشية التي نفشت لم يكن فيه نفي الحكم بذلك في الراعية بالنهار الا من جهة دليل الخطاب وليس عندى بدليل صحيح فكيف والآية لم تتضمن تفسيرا لحكم ولا بيانه وانما في ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم

(فرع) اذا ثبت ذلك فسواء كان محظرا أو غير محظر عليه رواه أشهب وابن نافع في العتبية عن مالك وزاد في المزنية عيسى عن ابن القاسم وجميع الأشياء في ذلك سواء

(فصل) قوله وما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها بمعنى مضمون وبهذا قال مالك والشافعي روى ابن القاسم عن مالك أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشي بما جاء في الحديث والزروع مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار وقال أبو حنيفة لا ضمان على أهل المواشي فيما أفسدت في ليل ولا نهار والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها ومن جهة المعنى ان اهمالها بالليل من باب التعدى لانه ليس بوقت رعى معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي ضمان ما أفسدته بالليل فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم زاد أشهب وابن نافع عن مالك في المجموعة وان لم يبد صلاحه وزاد عيسى عن ابن القاسم قيمته لو حل بيعه قال في رواية مطرف ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يصنع بسن الصغير وجه قول مالك ان ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه لانه كان قائما على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلته وغير ذلك فعلى ذلك تعتبر قيمته ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله ولا يحكم لصغيره بحكم كبير ملزم غرم قيمته على صفته ولم يعتبر بان يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذى انما يراعى الجمال والمنفعة بها فاذا انبتت كانت الجناية عليها أخف ولم يلزم ضمانها جملة واذا يئس من نباتها لزمت فيها ديتها دون قيمتها والنبات مختصة بما يتلف ولا يعود فلذلك استؤنى ليعلم من نباتها أو عدمها ما يجب من قيمته أو ديته والله أعلم (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي قيمة ما أفسدت فيلزمهم ذلك وان كان أكثر من قيمتها رواه ابن القاسم عن مالك وقال الليث انما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه ان هذه الجناية ليست من المواشي وانما هي من أربابها فلا يجوز لهم تسليمها بجنايتها ولا يقصر الارش على قيمتها كما لو أصابت مع القائد أو السائق (فرع) ولو نبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة فلا يخلو أن يكون الزرع الذى أفسدته مما كانت فيه

منفعة حين الرعي أوغيره أولا تكون فيه منفعة حين رعيه فان كانت فيه منفعة فعليه قيمته حين الرعي
لا يراعى فيه رجاء ولا خوف مع الأدب وان لم يكن فيه منفعة فلا شئ عليه في ماله وعليه الأدب بقدر سفهه
وافساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وان عاد لهيئته فانه يقوم على الرجاء والخوف
نبت أو لم ينبت قبل الحكم وبعده وجه القول الأول ان الزرع له قيمتان احداهما أن يكون في نفسه
ينتفع به ويرجى تزايد منفعته والثاني أن لا يكون في عينه منفعة الا ما يرجى من انتهائه اليه فان
كانت فيه منفعة لنفسه لزمه ان حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين لان عليه قيمة مثل ذلك الزرع على
قوة الرجاء فيه وان نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فقد عاد الى ما كان عليه فعلم انه لم
يتلفه عليه ولزمته قيمة البقل الذي هو من نبات أصل زرعه وأما ان كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد
الى ما كان عليه قبل الحكم فلم يتلف شيأ له فيه فلا شئ له عليه ووجه قول أصبغ ان ما أتلف عليه يلزمه
فيه قيمة الرجاء والخوف وما تلف فانما هو فائدة الأصل الذي بقي في الارض فهو لا يأخذ منه قيمة الاصل
وانما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولانه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل
يعود بالنبات فتبطل القيمة أولا يعود فيثبت وجوبها كسن الصبي (مسئلة) وهذا حكم ما أفسدت
من الزرع والحوائط والحرث وأما لو خرجت ليلا فوطئت رجلا قائما فقطعت رجله فانه هدر قال ذلك
كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجماء جبار
ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشي غالبا فلا تحترس منه

(فصل) وهذا نص ذكره أصحابنا في هذه المسئلة وهو عندي في الموضع الذي يكون فيه الزرع أو
الحوائط مع المسارح والمواضع عندي ثلاثة أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمراعي والثاني
أن تنفرد المراعي أو الحوائط وليس بمكان مسرح والثالث أن يكون موضع مسرح وليس بموضع
زرع فيحدث فيه انسان زرعا فان كان موضع زرع ومسارح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذي ورد
فيه الحكم عندي والألف واللام في الحائط والمواشي المذكورين في الحديث للعهد لاجتماع الأمرين
فيه فلو لم يكن لأهل المواشي ارسالها بالنهار فيها لخرج عن أن يكون لها مسرحا ولو لم يرد هذا بالحديث
وأريد به الشاذة من المواشي لما قضى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار لان ما يشذ ويندر لا يحتاج
الى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وان كان موضع زرع دون سرح فهذه
عندي لا يجوز ارسال المواشي فيها وما أفسدت ليلا أو نهارا فعلى أصحاب المواشي ضمانه وقد قال أصبغ
في المدنية ليس لاهل المواشي أن يخرجوها الى قرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن يذودوها عن
الزرع فاذا بلغوا المراعي والمسارح سرحوها هنالك فما شذ منها الى الزروع والجنات فعلى أصحاب
الزرع والجنات دفعها وأما الموضع الثالث وهو موضع سرح جرت عادة الناس بارسال مواشيهم
فيه ليلا ونهارا فأحدث رجل فيه زرعا من غير اذن الامام في الاحياء فانه ليس على أهل المواشي
الامتناع من ارعاء مواشيهم ليلا أو نهارا وما أفسدته من زرعه بالليل فلا ضمان عليهم فيه لانه جر الجناية
الى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التي قد ثبتت لهم والله أعلم

(مسئلة) واذا كانت الدواب تعبر في الزرع فتفسده فحفر رب الزرع حول الزرع حفيرا لمكان
الدواب فوقع بعضها في ذلك فمات فروى أصبغ عن ابن القاسم لا شئ عليه ولو لم ينذرهم قال أصبغ
وهو قول مالك ان شاء الله تعالى وقد قال فيمن يحفر للسارق زبية فوقع فيها السارق أو غيره انه
يضمن ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيي بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيي ابن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها ﴾ ش قوله ان رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها لايخلو أن يكون ثبت ذلك عندهم ببينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة حاطب وطلبه يمينه على ذلك فنكل حاطب وحلف المزني فان كان ذلك ببينة أو نكول حاطب وحلف المزني فعلى ما تقدم في سائر الحقوق وقال ابن عباس في عبد انتحر جارا وقال خفت أن أموت جوعا لا يقطع ويغرم سيده ثمن الجار وقال محمد وذلك اذا ثبت أن السيد كان يجيعه فيغرم أو يسلمه وانما غرم عمر حاطبا وترك قطع عبيده لانه كان يجيعهم فعلى هذا أيضا لم يجمع بين القطع والقيمة وقد قال في الحديث انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه الى التقويم لما ثبت عنده انه كان يجيعهم وعلى رأى أصبغ انه جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوقع الغرم منه وقال لحاطب لأغرمنك غرما يشق عليك يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه فبه كانوا يقدرون على السعي والتكسب ان كان ذلك باقرار العبيد فقد قال مالك لا يقبل من اقرار العبيد الا ما ينصرف الى جسده فأما ما يلزم سيده به أمر فلا فهذا على الاطلاق ويعرى في القضية مما يقويها وأما اذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال فان اقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده وقد قال مالك في عبد أصاب صبيا بموضحة فأتى متعلقا به ولا بينة له فأقر العبد بما كان قريبا من فعله ويأتي مكانه متعلقا به فليقبل منه فأما ما بعد وانما يقول كنت فعلته فلا يقبل منه وقاله ابن القاسم وقد قال مالك في عبيد دخل عليهم وعندهم شاتان مذبوحتان يعرفان لجارهم فأقر اثنان منهم وجحد الثالث ان غرم ذلك على سادتهم فعلى هذا أيضا يحتمل أن يكون انما أغرم حاطبا لما وجدت الناقة بين أيدي العبيد وعرف انها كانت للمزني الطالب لها وثبت ذلك بالبينة

(فصل) وقوله فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم قال عيسى في المدونة معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها ولم يسرقوها من المرعى وسيأتي معنى الحرز مفسرا في كتاب القطع في السرقة

(فصل) وقوله أراك تجيعهم يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك اليه واعتذروا به لسرقتهم ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده ببينة شهدت به ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه فأنكر عليه اجاعتهم لانه يلزم السيد أن لا يجيع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم لما روى أبوذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم

(فصل) وقوله والله لأغرمنك غرما يشق عليك يريد به الغرم الكثير الذي يعلم أن حاطبا يتوجع له مع كثرة ماله ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الادب والتعزير لحاطب على اجاعته لرقيقه واحواجه لهم الى السرقة التي كانت سبب قطع أيديهم وسبب اتلاف ناقة المزني فرأى أن يغرمه اياها ولعله قد كان كرر نهيه اياه عن ذلك وحدله في قوتهم حدا لم يمتثله قال مالك فيمن اتخذ

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لاغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر أعطه ثمانمائة درهم قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على انه انما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها

فى ماشيته كلبا عقورا فتقدم اليه الامام فى ازالته فلم يزله وقتل أحدا أن على صاحبه ديته ولا شك أنه لو كان عبدا للزمته قيمته وقد قال مالك فمن غش لبنا أو زعفرانا أو مسكا لا يهراق وليتصدق به ولم يخص قليلا ولا كثيرا وقال ابن القاسم وغيره انما ذلك فى اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أدبا وهذا الذى أشار اليه أصحابنا فى تأويل هذا الحديث ويحتمل عندى أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها وان حاطبا شق عليه غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة ان كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف قال أصبغ لا يلزم السيد من ذلك الا قيمة واحدة لا أقل ولا أكثر لا فى ماله ولا فى رقاب العبيد القطع الذى وجب عليهم قال الداودى غلط من ظن أن القطع نفذ وانما كان عمر أمر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أمر بصرفهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر فى عام الرمادة فانه لم يقطع سارقا وقد روى ابن وهب فى موطئه هذا مفسرا من حديث أبى الزناد عن أبيه عن عروة أن عبد الرحمن بن حاطب قال توفى حاطب وترك أعبدا منهم من يمنعه من ستة آلاف يعملون فى مال لحاطب بسوان فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فانتحروا ناقة لرجل من مزينة واعترفوا بها ومعهم المزنى فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم فجاءهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب أما لولا انى أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله اذا تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك (مسئلة) وان كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ انما كان يكون غرمها فى أموال العبيد لو كانت لهم أموال والا فلا شئ وانما يكون فى رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين اسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع فى السرقة التى تقطع فى رقبته ولا فيما فى يده ولو ثبت ذلك بالبينة اذا لم توجد بعينها الا ان ماله انما صار له بعد العتق

(فصل) وقوله للمزنى كم ثمن ناقتك يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما انتفى حاطب من معرفة قيمتها لان القول قول الغارم ويحتمل أن يكون بدأ بالمزنى ليعرف منتهى ما يدعيه ثم توقف حاطب عن الاقرار بذلك والانكار له وهكذا وجه العمل لانه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى فى دعواه تلك فى قدرها وجنسها فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك ليقر بعد ذلك أو ينكر

(فصل) وقول المزنى كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم على معنى الاخبار بقيمتها على التحرى بذلك وان ذكر أقل ما يمكن من قيمتها وما كان يمتنع من بيعها به ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه والاخبار عن تيقنه كما قال وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه ولم يحتج عمر أن يحلفه إما لان حاطبا صدقه لان قوما شهدوا له بذلك أو لانه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه باجاعة رقيقه ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزنى من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه ورأى المزنى أحق الناس بذلك لانه هو الذى جنى عليه بتفويت ناقته لانه وان كان أخذ قيمتها أربعمائة درهم فقد كان له غرض فى عينها ففوته عينها بسرقتها ونحرها وهذا وان كان وجها لاجتهاد عمر فالقضاة اليوم لا يرون ذلك ويرون على من جنى بتعد أو غيره قيمة واحدة هذا اذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه ويحتمل انه لم يقصد ذلك وقصد وجها من وجوه سنذكر بعضها بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله أعطه ثمانمائة درهم ظاهره تضعيف القيمة التى ادّعاها المزنى وقد قال مالك بأثر

الحديث ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة وانما العمل عندنا أن يغرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه ظاهره أيضا انه لم يكن يرى ظاهر حديث عمر في تضعيف القيمة على الجانى * قال القاضى أبو الوليد ويحتمل عندى أن يكون عمر انما أضعف القيمة لان المزنى ادعى لنفسه قيمة ناقة فى بلد أو زمن غير البلد والزمن التى سرقت به والقيمة تتضاعف فيه ولذلك قال وانما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن قيمته ان زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله الى مكان فان تلك الزيادة له ولو نقصت لكان النقصان عليه وقد قال الشيخ أبو محمد رأيت لابن كنانة انه انما سأله عن ثمن ناقته فأضعفه يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها اليوم قال غيره ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبى صلى الله عليه وسلم لترك وعلم أنهم لم يجمعوا الا لأمر يجب المصير اليه غير أن الأول أظهر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك وانما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن ما لحقه من نقص فى ضمان من أخذه فان أدركه نقص ثم هلك ضمنه الآخذ سالما من ذلك النقص وان وجده ناقصا فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص ان كان من فعل الآخذ أو من فعل غيره وان زاد عند المتعدى فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته وان هلك بعد الزيادة لم يكن عليه الا قيمته يوم الأخذ وبالله التوفيق

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾

ص ﴿ قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيأ من البهائم ان على الذى أصابها قدر ما نقص من ثمنها ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من أصاب شيأ من البهائم فنقصتها جنايته نقصا لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها وذلك أن تساوى سالمة عشرة دنانير وتساوى بالجناية ثمانية فان عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها وذلك ما لم تتلف منفعتها المقصودة منها فان أتلفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره فعليه قيمتها وبه قال الليث وقال الشافعى ليس عليه الا ما نقص منها وبه قال أبو حنيفة فى عين الدابة والبقرة ربع ثمنها وفى شاة القصاب ما نقصها قال الطحاوى وهذا استحسان وقد تقدم الكلام فى هذا فى باب القضاء فى استهلاك الحيوان بما يغنى عن اعادته والله أعلم ص ﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بينة على انه أراده وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته فهو ضامن للجمل ﴾ ش وهذا على ما قال ان من صال عليه جمل أو دابة فقتلها أو قامت له بينة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله فلا ضمان عليه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة والثورى هو ضامن والدليل على ما نقوله ان من قتل مخوفا على نفسه دفعا له عنها فانه لا ضمان عليه فيه كالعبد يريد قتل الحر فيقتله الحر دفعا له عن نفسه فانه لا شئ عليه من قيمته (مسئلة) وهذا حكم الجمل اذا صال فقتل أو عض فلا يخلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس ولم يتكرر ذلك منه أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك وخيف من أجله فان كان لم يشتهر بذلك فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم اليه السلطان فيه فاذا تقدم اليه فيه فقد قال مالك اذا تقدم اليه فى البعير والدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلا أو نهارا وقال أشهب فى العتبية لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم اليه السلطان فى ازالته أو جيرانه فهو حكم عليه بضمان ما يتلفه فلزمه بذلك كالحائط المائل وجه قول أشهب قوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى ان اتخاذه مباح ولو لم يكن اتخاذه مباحا على

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾

* قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيأ من البهائم ان على الذى أصابها قدر ما نقص من ثمنها * قال يحيي وسمعت مالكا يقول فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بينة على انه أراده وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته فهو ضامن للجمل

الاطلاق لضمن جنايته وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك فى ماله أو على عاقلته قال مالك فى الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة انه يضمن ما أصاب وهو على العاقلة وقال ابن المواز ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقد روى عيسى عن ابن القاسم ان هذه الجناية تكون فى مال صاحب الجمل الصؤل والكلب العقور ولا شئ من ذلك على العاقلة وجه القول الأول انها جناية مضاف خطؤها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهى على العاقلة كالو باشرها ووجه الرواية الثانية انها جناية من مملوك فلم تتجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جناية العبد (مسئلة) وأما الكلب العقور فان المعانى المؤثرة فى ضمان صاحبه أن يتخذه وهو يعلم انه يعقر والثانى أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه والثالث أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه والرابع أن يتقدم اليه فيه فاما علمه بعقره فان كان قد تكرر ذلك منه وشهر به وخيف من أجله فهو أشد من الحائط المائل وقد قال أشهب فى المجموعة فى الحائط المائل المخوف الذى بلغ شدة الغرر فلم يهدمه وقد أمكنه هدمه يضمن ما سقط عليه أشهد عليه أو لم يشهد عليه لانه متعد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك لم يضمن أشهد عليه أو لم يشهد ويضمن اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان الكلب انما جرى ذلك له مرة أو فى الندرة ولم يشتهر فهذا لا يضمن حتى لا يتقدم اليه السلطان فيه وانما المعنى الثانى وهو ان يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه مثل أن يتخذ كلبا لدفع السراق عن ماشيته فانه يضمن ما عقر ولو اتخذه لدفع السباع عنها لم يضمن وأما المعنى الثالث بان يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلبا فى داره لماشيته انه يضمن ما عقر قال محمد لانه للناس اتخذه لان الماشية انما يخاف عليها فى الدار من الناس وانما أبيح اتخاذ الكلب للزرع والحرث والماشية فى مواضع رعيها وحيث يدفع الذئاب عنها قال محمد وهو قول أشهب وروى أصبغ عن ابن القاسم فى المزنية ان اتخذه حيث يجوز له اتخاذه لم يضمن حتى يتقدم اليه فيه وان اتخذه حيث لا يجوز له ضمن وقد قال مالك فى الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة يضمن ما أصاب فعلى هذا ان عرا من هذه المعانى كلها لا يضمن وان وجدت فيه كلها ضمن وان لم يتقدم اليه وان وجد فيه بعضها فعلى حسب ما تقدم (فرع) وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى الدابة تصول تعدو على الصبى فتقتله مربوطة أو تنفلت من رباطها وقد أغذر اليه الجيران لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان ويجب أن يكون قد ربطه فى موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالبا حتى يكون ذلك مبيحا لاتخاذه على ذلك الوجه وانما الكلب العقور الذى شهر بذلك يتخذه الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع فهذا أيضا اذا عقر الناس وآذاهم لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان لانه موضع يجوز له اتخاذه وقد قال أشهب فى العتبية لا يضمن رب الدابة على حال تقدم اليه السلطان أو جيرانه فيحتمل أن يريد دابة خيف ذلك منها ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به فيكون وفاقا لما تقدم ويحتمل أن يريد الذى تقدم لها الصول والأذى فيكون خلافا لقول مالك ويفرق بينه وبين الكلب بان الكلب منهى عن اتخاذه وانما أبيح اتخاذه لدفع الضرر على وجه ما والجمل مباح اتخاذه على الاطلاق وانما يؤمر صاحبه بكف ضرره اذا ثبت ضرره (مسئلة) والتقدم الى صاحب الكلب والجمل انما يكون اذا ثبت ضرره ويحتمل عندى أن يتقدم اليه فيه اذا ثبت انه على حال كان يتقى ضرره ولا يؤمن عقره كالحائط المائل وقد قال ابن مزين لا يكون التقدم الا عند السلطان اذا كان بموضع فيه سلطان فان كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدول بالتقدم اليه فقط ووجه ذلك

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حاكم الا بحكمه وأما موضع لا حاكم فيه فجماعة المسلمين تقوم مقام الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس اليها وهذا حكم من يكون التقدم منه وأما من يكون التقدم اليه فهو المالك والناظر له من أب أو وصي دون المحجور عليه قاله محمد بن عبد الحكم في الحائط المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى معناه ابن المواز عن ابن القاسم وليس له اتخاذه في داره لحراسة الناس ولا ممن يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد الشرع باباحة اتخاذه لها لانه لا يباح له عقر السارق ولا قتله وانما أبيح له طرده وعقر السباع المؤذية في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد للأكله والله أعلم

(فصل) وقوله فان لم تقم له بينة الا قوله ضمن ولم يذكر ان كان يثبت ذلك بشاهد ويمين أم لا ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتي بعد هذا وأما اذا صال الجمل فقتل فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المزنية في الكلب العقور أو الجمل الصؤل والثور ان أصابوا رجلا بعد التقدم الى أربابها ولم يشهد على ذلك الا شاهد واحد ان ورثته يحلفون يمينا واحدة ويستحقون دية صاحبهم وقال أصبغ لا يثبت من هذا الا ما شهد به شاهدان وأنكر رواية عيسى في ذلك انكارا شديدا وقال دية الحر المسلم لا تثبت بيمين وشاهد واحد وجه قول ابن القاسم ان هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال فوجب فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض ووجه رواية أصبغ ان هذه جناية في الجسد على حر فلم تثبت الا بشاهدين كالوجناها انسان

﴿ القضاء فيما يعطى العمال ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم آمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ مثل ذلك ويحلفون على ذلك الا أن يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصباغ ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان الصانع اذا دفع اليه ثوب فصبغه وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك فالقول قول الغسال انه أمره بذلك وهذا ظاهر لفظ الكتاب الا أن صاحب الثوب قد ينكر وهو على وجهين أحدهما أن يقول أمرتك أن تصبغه والثاني أن يقول لم آمرك بصبغه فاذا قال أمرتك أن تصبغه فانه أيضا على قسمين أحدهما أن يقول له أمرتك بغير هذا الصبغ والثاني أن يقول له أمرتك بهذا الصبغ ويختلفان في القدر فان قال أمرتك بغير هذا الصبغ ولم يكن لواحد منهما بينة فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده فان كان قبل العمل فقد قال يتحالفان ويتفاسخان ووجه ذلك انه لم يفت بالعمل وقد تحالفا في صفة ما وقع التبايع عليه فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان (مسئلة) فان تحالفا بعد العمل فالقول قول الصباغ وكذلك سائر الصناع فيما يحوزه الصانع بالفوت ولماله فيه من العمل بوجه حق وقال أبو حنيفة والشافعي القول قول صاحب الثوب وجه قول مالك ان الصانع حائز فلا يستحق أخذه منه الا بعد أداء ماله فيه وصاحب الثوب مدع لأخذ ما في يده من الثوب والصبغ على غير هذا الوجه الذي يقر به الصباغ فكان القول قول الصباغ وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في الحائك يقول أمرتني أن أنسج لك سبعا في ثلاث وقال صاحبه بل سبعا في أربع ان الحائك مصدق مع يمينه ولو قال البناء أمرتني أن أبني بيتا

﴿ القضاء فيما يعطى العمال ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه وصبغه فقال صاحب الثوب لم آمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ ويحلفون على ذلك الا أن يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصباغ

خمسا في خمس وقال رب العرصة بل عشرة في عشرة تحالفا فان حلفا فسخ ذلك ويقلع البناء نقضه الا أن يشاء رب العرصة أن يدفع اليه قيمته مقلوعا وان نكل البناء وحلف صاحب العرصة لزمه ما قال البناء والفرق بينهما ان الحائك حائز لما صار في يديه والبناء لم يحز العرصة ولا ما بنى فيها بل صاحب العرصة حائز لذلك كله لانه في يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في العمل فان اختلفا في الأجرة فيقول الصانع عملته بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فان كان لم يفت بالعمل تحالفا وتفاسخا وان فات بالعمل فالقول قول الصانع بخلاف البناء فالقول قول صاحب العرصة بعد البناء ذكره ابن نافع في النوادر عن مالك وذلك ان الصانع له يد على ما صنع فيه فالقول قوله فيما بيده ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب والبناء عليه يد صاحب العرصة فالبناء يدعي عليه زيادة في ثمن عمل قد فات وقبض منه فالقول قول صاحب العرصة لانه غارم مدعى عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرني بشيء وقال صاحبه أمرتك بكذا ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب قميصا فيقول صاحبه أمرتك بقطعه سراويل أن الخياط مصدق ولا يضمن اذا حلف الا أن يقطعه قطعا لا يلبسه الآمر وقال ابن ميسر اذا أقر الصانع انه لم يأمره بشيء فهو متعد وانما يصح الجواب اذا قال له صاحب الثوب اقطعه على ما ترى وقد عرف ما يقطع للرجل فوجه القول الأول ان العامل لما كان مصدقا مع يمينه في العمل لمكان اليد صدق في انكار الصفة وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه وانما يجب أن يكون ذلك اذا افترقا عن أن يشرع في العمل دون وصف وأما اذا افترقا عن أن يعود اليه فيصف له ما يريد فهو على ما قاله ابن ميسر ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث الا بأن يفارقه صاحب الثوب على أن يعود اليه للوصف ويعتقد الصانع انه قد أذن له في العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول العامل لانه حكم ما يترك عنده غالبا والله أعلم وأحكم وجه قول ابن ميسر انه أقر الصانع أنه لم يؤمر بشيء فهو متعد لاقدامه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف (مسئلة) فان اتفقا على انه لم يصف له شيأ فيقول له صاحبه أردت كذا ويقول الصانع رأيت هذا مما يصلح لك فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع الى صانع جلدا ليعمل له خفين اذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس الرجل لم يضمن ولانه فوض اليه قال وكذلك الخياط في الثوب وعامل القلانس في الظهارة ووجه ذلك أنه اذا قال اصبغ ثوبي هذا لونا فان أمره يتناول كل لون فأي لون صبغه الصباغ كان به ممتثلا لأمر الآمر وهذا اذا كان اللفظ يقتضي التفويض لصنعته أو اقترن به ما يقتضي التفويض ولو اقترن به ما يقتضي لونا يكون الى رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه رآه فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأما الصباغ يصبغ الثوب لونا بغير اذن ربه فهو ضامن كمن أمر رجلا بشراء خادم أو جارية ومعنى ذلك انه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضي التفويض اليه لان ذلك اذن له يدل على ذلك ما تقدم في قوله في مسئلة الخفين واذا تقدم هذان القسمان فان قول رب الثوب أصبغ هذا الثوب لونا يقتضي باطلاقه التفويض الى الصباغ ولا سيما على قول من قال من أصحابنا ان الأمر على الفور وذلك أيضا على قول من يقول انه على التراخي لانه لا خلاف انه يجوز للمأمور امتثال الأمر المطلق على الفور الا أنه على القول الأول ألزم الا أن يقترن به ما يمنع التفويض وهذا أيضا معنى قوله اشتر لي خادما وفي المدونة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشتري له خادمة ولا يصفها له أنه ان اشترى له من يكون مثلها من خدمه لزمت الآمر وهذا التخصيص بالعرف

ولولا العرف للزمه أي خادم اشترى له اذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه

(مسئلة) وأما اذا قال أمرتك بهذا الصبغ واختلفا في القدر ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب فيقول صبغته بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرتك بخمسة دراهم القول قول الصباغ اذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك فان أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبه قول صاحب الثوب فالقول قول صاحب الثوب وان أتى بما لا يشبه رد الى اجارة المثل ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط أحدها ما تقدم وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثاني أن يتفقا أو يقول الصباغ لم يكن فيه صبغ فان اتفقا على انه قد كان فيه صبغ فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه اذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثالث أن يعمله الصباغ عنده ويغيب عليه فأما اذا لم يدفع اليه الثوب ولم يغب عليه ففي المدونة في مسئلة الثياب ما يقتضي أن القول قول صاحب الثوب لان اليد له والله أعلم وأحكم

(مسئلة) واذا قال رب الثوب عملته لي بغير أجر ولا عوض وقال الصباغ بل بأجر كذا وكذا درهما ففي المدونة من قول ابن القاسم القول قول العامل اذا أتى بما يشبه أجر مثله والا رد أجر مثله قال غيره لان رب الثوب مقر انه دفعه اليه ليصبغه ويدعي عليه هذه الأجرة وههنا ان كان ادعى الصباغ أجر مثله فلا يمين على رب الثوب لانه يدفع عن نفسه به شيأ وان ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل

(فصل) وأما اذا قال لم آمرك بصبغه فلا يخلو أن يقول دفعته اليك ولم آمرك بصبغه أو يقول لم أدفعه اليك فان قال دفعته اليك وديعة ولم آمرك فيه بعمل وقال الصانع بل أمرتني بالعمل ففي المدونة قال ابن القاسم القول قول العامل وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول العامل اذا صبغه ما يشبه وقال غيره في المدونة العامل مدع وجه القول الأول أن اليد للعامل ومع ذلك فقد أقر صاحبه بتسليمه اليه فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض ولا يكون للدافع قبضه منه الا ببينة أو اتفاق ووجه القول الثاني أن اقرار رب الثوب انما هو في تسليمه اليه وأما الاذن فيما فيه من العمل فقد ادعاه العامل وأنكر رب الثوب فالقول قوله ان لم يكن للعامل بينة

(فرع) اذا ثبت ذلك فالقول قول العامل فيما يشبه من الاجرة والا رد الى أجرة مثله قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره له الاقل من أجرة المثل أو ما ادعاه وقد قال أبو محمد عبد الحق ان العامل اذا ادعى ما يشبه أجرته فلا يمين على رب الثوب لأنه لا يحط عن نفسه بها شيأ وان ادعى أكثر من ذلك فعليه اليمين ليحط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل (مسئلة) واذا قال رب الثوب سرق مني ولم أدفعه اليك وقال بل استعملتنيه فقد قال ابن القاسم في المدونة يتحالفان ويقال لصاحب المتاع خذه معمولا وادفع أجرة مثله فان أبى قيل للعامل خذه وادفع قيمته غير معمول فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه غير معمول لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول رب الثوب ويكون له أن يدفع اليه قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ الا أن يشاء الصباغ أن يسلم اليه الثوب مصبوغا بغير شيء فان أبى كانا شريكين صاحب الثوب بقيمته أبيض والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ رواه أصبغ عن ابن القاسم وقال الغير في المدونة لا يكونان شريكين والعامل مدع وجه القول الاول انه لما كان لكل واحد منهما شبهة ولم يعلم بتعدي العامل أدتهما الاباية الى الشركة كالذي يبني في أرض غيره بشبهة ووجه قول الغير ان

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب (فرع) اذا ثبت ذلك فوجه العمل فى التحالف قال الشيخ أبو محمد ان اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطيه قيمة الصبغ وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه وان كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه اليه ويؤدى قيمة الصبغ فان قال أريد أن أضمنه فان طاع الصباغ ان يعطيه قيمة ثوبه أبيض فلا يمين على واحد منهما وان أبى تحالفا وكانا شريكين فى الثوب هذا مذهب ابن القاسم وأما على قول الغير ان الصانع مدع فيحلف رب الثوب انه ما دفعه اليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التحالف قبل التخيير وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو ان يبدأ بالايمان ثم ما قبل التخيير لأن التخيير انما يستحق بعد الأيمان فحلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الاذن فى الصبغ ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدى فاذا كمل ذلك بينهما بدئ بتخيير رب الثوب لأن الاصل له وقد بسطت القول فى هذه المسئلة فى شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص * قال وسمعت مالكا يقول فى الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بانه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له * ش قوله ان الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التى بعضها للقابض لما يقتضى ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا وضمانهم فى الجملة مما أجمع عليه العلماء وقال القاضى أبو محمد انه اجماع الصحابة وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يصلح الناس الا ذلك * قال مالك فى المدونة والموازية وغيرها وذلك لمصلحة الناس واذ لا غنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى لمصلحة ويشمل ذلك ضمن الاكرياء الطعام خاصة للمصلحة وما أدركت العلماء الا وهم يضمنون الصناع قال القاضى أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع وفى تركه ذريعة الى اتلاف الاموال وذلك أن بالناس ضرورة الى الصناع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الاموال لتسرعوا الى دعوى ذلك ولحق أرباب السلع ضرر لأنهم بين أمرين اما أن يدفعوا اليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه أو لا يدفعوه فيضر بهم فكان تضمينهم خلافا للفريقين ودليلنا من جهة المعنى انه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للاخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية (مسئلة) ولو شرط الصانع انه لا ضمان عليه ففى العتبية والموازية عن أشهب عن مالك لم ينفعه الشرط وروى عن أشهب أن ذلك ينفعه وجه القول الاول انه محل للضمان متفق عليه فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه فى القرض والبيع وجه القول الثانى انه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبينة عن تلفه من غير تعد فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه لأن معنى ذلك تصديقه فى الضياع ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك فى الاقتضاء والمشهور عن أشهب انه ضامن مع البينة والله أعلم (مسئلة) ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه فقال يكون عندى حتى آتى فأعاملك فيه فيضيع فقد روى ابن حبيب عن أصبغ انه ضامن لأنه تركه عنده على العمل لا على الامانة (مسئلة) وسواء كان الصانع

* قال وسمعت مالكا يقول فى الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذى أعطاه اياه انه لا غرم على الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذى دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له

خاصا أو مشتركا خلافا لأبي حنيفة في قوله يضمن المشترك وللشافعي في قبض المشترك قولان هذا
الذي حكاه القاضي أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذي يحمله
الى مكانه يصنع فيه والذي يعمل في حانوته هو المشترك قال وقاله كله أصبغ واذا كان معنى الخاص
الذي يعمل عندك فالمشهور من المذهب انه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا وان
كان معنى الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل وانما عمل بهذا خاصة ففي العتبية قال عيسى من دفع
ثوبا الى رجل يقصره أو يخيطه أو يرقعه فضاع عنده لم يضمنه اذا لم ينصب نفسه صانعا وهو كالامين
حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن فاذا قلنا ان الخاص هو من عمل في منزل صاحب المتاع وانه لا يضمن
فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب في العتبية انه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد
الا ان يغر من نفسه فيضمن وجه القول الاول انه صانع فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصناع
كالمشترك ووجه القول الثاني أنه غير قابض لما يصنع فيه فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه
الصانع (مسئلة) وسواء عملوه بأجر أو بغير أجر فانهم ضامنون رواه ابن حبيب وغيره عن مالك
خلافا لأبي حنيفة في قوله لا يضمن من عمل بغير أجر والدليل على ما نقوله انه صانع لم تقم له بينة
على هلاك ما قبضه للعمل فكان ضامنا كما لو عمله بأجر (مسئلة) ويضمن الصانع وان كان
معه صاحب المتاع وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان كمد الثوب بحضرة صاحبه
فقطعه من غير تفريط ولا تعد فانه يضمن ومعنى ذلك ان الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بينة
واذا أصابه أمر من قبله فهو أحق بالضمان لأنه لا يعلم قصده (فرع) ولو كان صاحب الثوب يعمل معه
فقد قال ابن حبيب وابن المواز ما أصابه من عمل صاحبه فلا ضمان على الصانع وان كان من عمل الصانع
فهو منه وان جهل ذلك فهو منهما يلزم الصانع نصف ما نقصه ووجه ذلك انه لو كان من فعلهما لكان
منهما فاذا تردد بينهما ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما (مسئلة)
ويضمن الصانع ما أصلح فيه اليسير وان كان بغير أجر مثل فص خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير في
قلادة بقيمته اذا أسلم ذلك اليه رواه ابن حبيب عن مالك ومثله في كتاب محمد ووجه ذلك انهم لما
ضمنوا ما أسلم اليهم للضرورة العامة فهذا المعنى موجود في مسئلتنا واذا أفسد الخياط أو القصار
الثوب فسادا يسيرا فقد قال مالك في الموازية والمختصر عليه ما نقصه بعد أن يرفأه يقال ما قيمته يوم دفعه
اليه صحيحا وما قيمته ذلك اليوم مرفوا فيغرم ما بين ذلك وان كثر ضمن قيمته كله يوم دفعه اليه وروى
ابن وهب عن مالك اذا أفسده بخياطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحا وقال مالك في الموازية ولا يضمن
من دفعت اليه لؤلؤة لثقبها اذا كسرت قال أصبغ في العتبية أو يخرم موضع الثقب ولو تعدى
الثقب لضمن قال مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها والرمح لمن يقومه
والفص لمن ينقشه والدابة يسرجها البيطار والسيف يقومه الصقال فينكسر ذلك كله أو المريض
يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه أو الخاتن يختن الصبي فيموت من ختانته أو الحجام
يقلع الضرس فيموت صاحبها انه لا يضمن أحد منهم (فرق) والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله
ابن حبيب أن الغالب في هذا كله الغرر فصاحبه اذا أذن في العمل وعمل على ما جرت به العادة من
العمل فقد عرضه لما حدث عليه فلا ضمان على الصانع وانما يضمن بالتعدي أو بتلف بغير بينة فاذا لم
يوجد منه تعد ولا تلف مجهول فلا ضمان عليه وقد قال مالك في الموازية والمدونة في الفران لا يضمن
ما أحرق من الخبز والغزل لان احتراقه ليس من سببه وهو من غلبة النار الا أن يغر من نفسه أو

يفرط فيضمن وذلك اذا غر من نفسه فقد تعدى من تناول مالا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان عليه ضمانه والفران اذا غر من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدي الموجب للضمان وأما الخياط تفسد الثوب خياطته والطاحن يفسد القمح طحينه فان الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالبا فكان عليه ضمانه وكذلك في الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن وقد قال ابن حبيب انه لو احترق بتضييع منه أو عبث في وقيده لضمن وكذلك في اللؤلؤة اذا تناول ثقبها من موضعه فلا ضمان عليه وان انخرمت لانه أمر غالب وان قال أهل البصر بذلك انه تناوله من غير موضعه فهو ضامن (فرع) اذا كمل ذلك فنرجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع في ضمان الثوب قيمته يوم قبضه ووجه ذلك انه حينئذ ضمنه كالغاصب والمشتري ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه ثم تلف فقد قال ابن المواز عليه ضمان قيمته يوم قبضه ونحوه قال ابن القاسم في المدونة ولو قامت بينة بضياعه فقد قال ابن المواز هو من صاحبه وعليه الاجرة وقال ابن القاسم في المدونة لا أجرة عليه لانه لم يسلم العمل الى صاحبه ووجه قول ابن المواز ان العمل لما صار في الثوب كان ذلك قبضا من صاحبه للعمل لانه قد صار فيما يملكه فكان عليه عوض ذلك العمل ووجه قول ابن القاسم ان حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها وانما يحصل القبض لها برجوع الثوب الى يد صاحبه يدل على ذلك انه لو تلف الثوب بغير بينة وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها (مسئلة) واذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار فقد روى ابن حبيب انما يسقط الضمان عن الفران اذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به انه خبز ذلك الرجل أو غزله فأما لو ذهب أصلا ولم يعرف الا بقوله انه احترق لضمن ووجه ذلك انه اذا ادعى ضياعا وتلفا غير معلوم فهو عندي على وجه الضمان ولا يصدق فيه وأما اذا كان الخبز باقيا فهو مصدق في قوله انه غلبته النار بغير بينة وصاحبه مدع التعدي قال ذلك أصبغ في العتبية في ثقب اللؤلؤة ثم قال وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك في قرض الفأر ولحس السوس اذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار لأنه مدع في ذلك والقصار مصدق لان التعدي لا يلزم بالدعوى (فرع) ولو تلف الخبز عند الفران فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا هو له ضامن وقد أسلمه اليه صاحبه وقد قال سحنون لو تركه صاحبه ولم يعلم به الفران فلا ضمان عليه واذا وجب عليه الضمان بتسليمها اليه ففي سماع ابن وهب والمختصر الكبير لا يعجبني أن يعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبزته ولا يأخذ أكبر منها وقال محمد بن عبد الحكم لا يأخذ غير خبزته في قول مالك قال الشيخ أبو محمد يريد ان الفران ضامن للرجلين (مسئلة) وأما الختان فلا ضمان عليه في موت الصغير الا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها فعلى عاقلته من ذلك الثلث فأكثر وما قصر عن الثلث ففي ماله ان كان ممن يحسن وان كان ممن لا يحسن وغر من نفسه فذلك كله في ماله وكذلك الطبيب وقالع الضرس والبيطار ويعاقبون مع ذلك رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) واذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق لم يصدق في ذهاب المتاع وكذلك لو احترق بيته ورأى ثوب الرجل يحترق فيه روى محمد عن مالك هو ضامن وكذلك الرهن قال محمد حتى يعلم ان النار من غير سببه أو سيل يأتي أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان وهذا الذي رواه محمد عن مالك يخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك في قرض الفأر وادعى صاحب الثوب بتعدي الصانع وتضييعه وقول مالك الصانع مصدق والتعدي لا يلزم بدعوى صاحب المتاع والله أعلم وأحكم فعلى هذا ففيما أشكل وجه سببه روايتان احداهما ان

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدى سبب الضمان فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة فى حق الصانع أصل ذلك المغيب عليه ووجه الرواية الثانية ما أشار اليه مالك ان التعدى لا يثبت بالدعوى ومعنى ذلك أن التلف ظاهر وهو تبر ومن سبب الضمان الذى هو المغيب على المصنوع وهذا فيما أشكل وجه سببه وتيقن السبب كالحرق وقرض الفار وأما اذا أشكل السبب نفسه فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره ففى المدونة فى الفار يقرض الثوب عند القصار قال مالك ومن يعلم فى مسئلتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفأر قرضه وقال فى الموازية ويتبين ذلك للناظر اليه قال فى المدونة من غير تضييع فلا يضمن وقال فى الموازية فى قرض الفار ولحس السوس وان أشكل ذلك فالصانع ضامن حتى تقوم بينة انه قرض فار أو لحس سوس ولم يكن ضيع ففى هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) واذا جعل الخياط وجه الثوب الى داخل فانه يفتقه ويعيده فان كان الفتق ينقصه خير ربه بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه واعادة خياطته قال سحنون فى كتاب ابنه ووجه ذلك ان هذا عمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال وهو مما يستطاع تغييره واستدراكه فان كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدراكه وازالة ما دخل من الفساد فيه وان كان ذلك ينقصه فعلى ما تقدم من التخيير لان صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه والله أعلم (مسئلة) واذا أخرج القصار الثوب أسود رديئا فقد قال سحنون فى كتاب ابنه عليه أن يعيده حتى يجوده فان كان رده يفسده بأن يسترخى وينكس وجهه وخيف أن يحترق فلا يرده وينظر فان أفسده بذلك فسادا بينا ضمن قيمته أسمر ربه عندى يوم قبضه خاما وان كان الفساد يسيرا أعطاه ربه قيمة العمل الردىء قال الشيخ أبو محمد لم يجاوز شرطه ووجه ذلك أن استدراك تبييضه اذا أمكن من غير افساد الثوب لزمه عمله لان عمله الأول الذى استؤجر عليه لم يتمه بعد فعليه اتمامه وان كان لا يتم ذلك الا بافساد الثوب فهو مخير بين أن يضمنه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه وقال فى الفساد الكثير يضمنه قيمته ومعنى ذلك عندى ان شاء أن يضمنه وقال فى الفساد اليسير له أن يدفع اليه قيمة العمل الردىء ولم يجعل له خيارا فى تضمينه القيمة وهو الصواب ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا كيل القمح على الطحان وأسلم اليه فقد قال ابن القاسم هو ضامن له * قال مالك أرجو أن يكون تضمينه خفيفا ووجه ذلك انه ان كان حكمه حكم الصناع وهو الأظهر فهو ضامن للطعام وغيره وان كان حكمه حكم الحالين فهو ضامن أيضا لان الحال المنفرد لحمل الطعام هو ضامن له (فرع) اذا ثبت أنه ضامن فقد قال ابن القاسم يعطى قدر ما نقص دقيقا على ما يعرف الناس يريد انه أخذه بالكيل فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس انه ينتهى اليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة وقال ابن المواز عليه قمح مثله وهو قول مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه وجه القول الأول انه قد استؤجر على طحن القمح ولا يتعين بالاجارة على هذا الأصل فعليه أن يأتى بقمح مثله ويطحنه وتكون له الأجرة وعلى قول ابن المواز يضمن قمحا مثله ولا يكون عليه طحنه وسقط من الأجرة بقدره لان الاجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح فى الطحن أولان الضياع جاء من قبل الطحان والله أعلم (فرع) واذا طحن الطحان القمح على النقش فأفسده بالحجارة ففى الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب عليه قمح مثله وقال به أصبغ (مسئلة) واذا أفسد الحائك الثوب قال ابن حبيب يضمن الغزل قال ابن القاسم ان وجد مثل الغزل الحائك أتاه به وعليه عمله وان تعذر مثله فعليه قيمته

يوم يقبضه وتنفسخ الاجارة بينهما هذا الذى حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يضمن الحائك لانه نسجه له على أقل من العرض والطول الذى شرطه له قيمة غزله وليس له مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لا مثله لان مالكا قال فيمن استهلك ثوبا عليه قيمته فكذلك الغزل وقال غيره أصل الغزل الوزن فعلى من تعدى فيه مثله فيحتمل أن يريد بقوله ليس له مثله لانه لا يوجد مثله غالبا ويحتمل أن يريد ليس له مثله وان وجد لانه أصل الثوب الذى تلزم فيه القيمة وهو الأظهر من قوله فى المدونة ووجه ذلك ان الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله ولاختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب فلذلك عدل فيه القيمة وان كان موزونا كما عدل فى الثوب الى القيمة وان كان مذروعا لكنه لما اختلف جنس أصله فى الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر الى تماثله من جهة الذرع عدل الى القيمة والله أعلم وأحكم وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن (فرع) اذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذى ذكر فقال ابن القاسم تنفسخ الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة باخذ القيمة ويأتى بغزل مثله فينسجه له واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فاذا ذهبت العين وعدمت بطل العمل المختص بها وهذا فيه نظر وانما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه وتفاوته فى الرقة والغلظ والقوة والضعف واذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوت وعدمت العين المختصة بالعقد وجب نسجه كرضاع الصبى وتعليم الأعمال ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بانه ليس الغرض نفس الغزل ولو شرط ذلك لم تجز الاجارة (فرع) ولو أعطاه الغزل لينسجه سبعا فى ثمان فنسجه ستا فى سبع ففى المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله أو يأخذه وعليه جميع أجره وقال غيره له من الأجرة بحساب عمله فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص انما هو فى هذا الثوب عيب من العيوب فى العمل فاذا رضى به كان عليه جميع العوض كالثمن فى البيع ووجه قول الغير انه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا بقول الغير فمعناه أن ينظر الى أجر مثله فيما شرط وأجر مثله فيما عمل فيسقط ما بينهما من المسمى قاله بعض القرويين (فرع) فلو زاد على الأذرع المشروطة فقد قال الفضل بن سلمة لا أجر له فى الزيادة على قول ابن القاسم انه عيب وله الأجر على قول الغير

(فصل) وهذا حكم ما يعمل فيه فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصناع فهو على ضربين ظرف أو مثال فأما الظرف فعلى قسمين قسم يستغنى عنه ما يعمله وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله فأما ما يستغنى عنه فالذى عليه جمهور أصحابنا انه لا يضمنه الصانع وقد روى فى العتبية أصبغ عن أشهب فى الثوب يدفع الى الصانع فى منديل ان كان الثوب رفيعا يحتاج الى وقاية ضمنه الصانع وان كان لا يحتاج اليها لم يضمنه قال فى الواضحة انه لا يضمن منديل الثوب اذا ضاع وقد ضاع ملفوفا به أو قد زايله إذ لا ضرورة بالثوب اليه ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة ولو ضاعت بما فيها لضمنها مع الخبز إذ لا غنى بالخبز عنها فانما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب فى صفة الحاجة لا فى مراعاة الحاجة فعند أشهب ان ضمانه ما يحتاج الى صيانة عن الحاجة المؤثرة فى الضمان وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر وانما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه (مسئلة) ومن أتى بخفين الى خراز يصلح أحدهما فضاعا ففى العتبية عن أصبغ لا يضمن الا الذى فيه العمل ووجه ذلك انه لا تعلق لعمله به كالظرف الذى يستغنى عنه

(مسئلة) وأما ماتدعو الحاجة اليه من الظروف فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ماتقدم ذكره وفي كتاب ابن المواز اذا ضاع القمح بقفته عند الطحان أو ضاع عند الفران لوح الخباز أو قصعته أو ضاع عند الصيقل غمد السيف أو عند الخياط منديل الثوب لم يضمن شيأ من ذلك ويضمن المثال ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك ضمان المثال وقد روى سحنون لايضمن الوراق الأم التي يكتب منها وهذا يقتضي انه لايضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفي ضمان الظرف واثباته في المثال ان الظروف لايتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لاغنى به عنه ووجه قول سحنون انه لايعمل فيه وانما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصناع وأما الاجراء فهم على ضربين أجراء للصناع وأجراء للحفظ والرعاية فاما أجراء الصناع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجير القصار لايضمن والقصار ضامن لما أفسده أجيره قال ابن حبيب ولايضمن الأجير القصار والصباغ شيأ وهذا في الاجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره وليس بحائز لمايعمله فأما ان كان يتصرف في العمل باختيار نفسه ويحوز مايعمل فيه فقد قال في العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب ان كثر على الغسال الثياب فاستأجر اجراء فبعثهم الى البحر بالثياب فيدعون تلفها أنهم ضامنون وكذلك اجراء الخياط يتصرفون في الثياب فتتلف فهم ضامنون . وقال ابن ميسرة وذلك اذا آجرهم على عمل أثواب مقاطعة فهذا معنى ماقدمناه لانه اذا قوطع على عملها فقد صار له حكم الصانع وأما اذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة فحكمه حكم الاجراء (مسئلة) وأما الاجراء للحفظ فعلى قسمين قسم لهم تعلق بالعمل وقسم لاتعلق لهم بالعمل فأما من له تعلق بالعمل فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس فقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه قد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها قال الشيخ أبو محمد في نوادره باثر هذه المسئلة وقد قال أيضا في كتاب آخر لايضمنون وهذا الذي أشار اليه الشيخ ابو محمد قد أشار اليه غيره من شيوخنا ولا أعلم انهم يشيرون الا الى مافي المدونة في كتاب الجعل والاجارة من قول مالك لاضمان على من يحاس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ماضاع منها لانه بمنزلة الأجير وهذا الذي أشاروا اليه ليس عندي مما نحن فيه بسبيل لان أجراء الصناع لايضمنون وانما يضمن الصانع أو من هو في حكم الصانع وصاحب الحمام ليس بأجير محض الاجارة بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاغتسال فيضمن مالايستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان مالايستغنى عنه مما استعمل فيه ولايضمن على قول من لايرى عليه ضمانا في ذلك أو يكون أجيرا له تعلق بالعمل فيكون كالحال يستأجر على الحمل فيضمن ماجرت العادة بتسرعه اليه كالطعام ونحوه لانه مما جرت عادة الحالين بالخيانة فيه والتسرع اليه وكذلك صاحب الحمام وهو المالك لامره والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ماجرت العادة بخيانته فيه والتسرع اليه وهي ثياب الناس والله أعلم ومغيبه عن ثيابه الى داخل الحمام مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب وقد قال ابن حبيب في الواضحة في الطحان يطحن القمح بحضرة صاحبه لايضمن ظرفا ولاقمحا الا أن يخرج الناس عن الرحى للزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران فجعل الخروج عن الرحى والفرن مغيبا يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل (مسئلة) وأما الحافظ الذي لاتعلق له بالعمل فالمشهور من المذهب أن لاضمان عليه في النوم والغفلة وانما الضمان عليه في التعدي وقد قال مالك في المستأجر ليحرس بيتا أو خيلا أو غنما

فينام فيسرق مافى البيت أو يذهب بالخيل أو الغنم لاضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم لايضمن الأجير الا ماضيع أو فرط وقال ابن المواز لايضمن جميع الحراس الا بالتعدى كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره ووجه ذلك انه مؤتمن لاتعلق له بالعمل فلم يكن عليه ضمان كالمودع وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب ان الراعى الخاص لايضمن والمشترك يضمن قال ابن حبيب ومن أخذ به فهو حسن فحمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشترك ههنا أن يأخذ مالا يقوى عليه (مسئلة) وأما الأجير على البيع أو الشراء فالذى نص عليه أصحابنا انه لاضمان عليه قال ابن المواز لاضمان عليه ان ضاع المبيع أو ضاع ثمنه ووجه ذلك ماتقدم من أنه مستحفظ لاتعلق له بالعمل فلم يضمن ماضاع من غير تعد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم من التضييع أن يترك ماوكل به ويذهب الى غيره فليس النوم والغفلة من التضييع ووجه ذلك انه لابد لكل أحد منه ولا يمكنه الاحتراز منه فأما من ترك حفظ ماوكل بحفظه والاستعمال لغيره فيما يمكن الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الحارس الذى لاتعلق لحراسته بعمله فله الاجر كاملا وان ضاع ما استحفظ وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك فى الطريق بفعله فلا أجرة له حتى يبلغه وكذلك مايعطب فى السفر لانه من سبب السفينة يهلك وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها انه لاأجرة له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتمام العمل وهو أن يوصل اليه ما ابتاع له أو ثمن ماباع له وفى العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بخادم يبلغها بجعل فنام فى الطريق فذهبت ان له من الاجر بحساب مابلغ ولا ضمان عليه قال الشيخ أبو محمد يريد انها اجارة ليست بجعل وقد قال ابن القاسم عن مالك ان ماتت الجارية فى الطريق فله الأجرة كاملة وعليه أن يتم له بقية سفره ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل فلا أجر له الا بتمامه وما كان على وجه الاجارة فهاهنا اختلف قول مالك فمرة فسخ الاجارة بفوات العين وجعل له من الاجر بحساب ماعمل ومرة أبقاها وجعل له الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من استؤجر ليضبر بعمله فعلى ضربين أحدهما أن يكون له مع ذلك عمل أو لا يكون له عمل فأما الذى له مع عمله عمل فكالوكيل يخطئ الطريق فقد قال أشهب عن مالك ان كان عالما بذلك فلا شئ عليه والكراء له وأما الجاهل به فلا شئ له وقال أشهب لاشئ لهما قال ابن حبيب اذا بلغهم البصير بالدلالة وقد أخطأ فله الاجر كاملا وان لم يبلغهم فله من الاجر بقدر مابلغهم الى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه وان غرهم وهو جاهل فلاشئ له وعليه الأدب (مسئلة) ومن قال لخياط ان كسانى هذا الثوب اشتريته فقال يكسوك فلم يكس ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك الشراء له لازم ولاضمان على الخياط وله الاجر كاملا ان كان بصيرا واختلف قول مالك فى تضمينه اذا غر بجهله فقال يضمن وقال لايضمن ولا أجر له وقال ابن دينار المدنى فيمن استأجر من ينقد مالا فوجد فيه رديئا ان كان بصيرا وهذا الردىء مما يختلف فيه لم يضمن وان كان مما لايختلف فيه لبيان فساده فهو ضامن لانه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد فلو كان جاهلا غر من نفسه فان كان الردىء بينا لايختلف فى مثله ضمن وعوقب وان كان مما يختلف فى مثله لم يضمن وان لكل واحد منهما أجرته

(فصل) وقوله لاغرم على اللابس ويغرم الغسال هو قول مالك فى الموطأ وهو المشهور عنه وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه وقال أشهب عنه فى الموازية وذلك اذا لبسه أياما الا أن يكون أبلاه وقال أشهب فى النوادر وان دفع الصباغ ثوب هذا الى هذا وثوب هذا الى هذا فان لبساهما

حتى خلقا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذى لبس وان لم يخلقا غرم كل واحد ما نقص الثوب الذى
لبس ولا شئ على الغسال وقال أبو حنيفة والشافعى صاحب الثوب مخير بين ان يغرم اللابس أو
الغسال فان أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشئ وان أغرم الغسال رجع على اللابس ووجه
قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه لان من عليه ضمانه ان تلف سلطه على
لبسه لانه انما صبغه ليلبسه فاذا رده اليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يميزه
صاحبه فالضمان عليه ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول
أشهب انه أكثر ما فى حال اللابس انه مخطئ باتلاف مال غيره فعليه الضمان والاتلاف انما وجد من
اللابس فوجب أن يبدأ بالضمان فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على
الغسال لانه سبب اتلاف ثوبه بدفعه الى من أتلفه وتعذر الاستيفاء من جهته (فرع) اذا قلنا
لا يضمن اللابس ما أتلف فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين
قيمة الآخر دينار انظر كم ينقص ثوبه عن الثانى ان لو لبس فى تلك المدة فان كان ينقص نصف دينار
وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذى لم يلبس ثوبه نصف دينار ونصف آخر على
الغسال وان كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس الا ذلك الأقل ولا شئ على
الغسال ولو كانت قيمة الملبوس دينارا وقيمة الذى لم يلبس دينارين وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك
نقص نصف دينار وقد نقص الملبوس ربع دينار غرم اللابس ربع دينار الى ما فوق ذلك من
القيمة ما لم يجاوز نصف دينار فلا يغرم أكثر منه ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو لا يعلم فقد
قال سحنون يرجع من له فضل على الغسال وحكاه ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون.
فرجع هذا التفسير الى ان اللابس انما عليه بقدر ما كان عليه بتلف لباسه من ثوبه لانه على ذلك
لبس هذا الثوب فيقال له هبك انك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك لانه باق يسلم
اليك لا يمكن تمييزه من ثوبك فعليك ذلك المقدار وما زاد على ذلك فعلى الغسال لانه هو الذى أتلفه
فيكون معنى قول مالك فى الموطأ على هذا التفسير انه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب
الذى لبس وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه فليس بمعنى الغرم الذى وقع التنازع فيه وانما هو
بمعنى المعاوضة لما بقى من ثوبه لم يذهب بلبسه والله أعلم وأحكم ومعناه على رواية أشهب انه فى اليسير
دون الكثير والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا لبسه من دفع اليه فاما لو قطعه فان لى أن آخذ ثوبى
وأضمنه القصار دون الذى قطعه أو نقصه القطع أو الخياطة لم يكن لى أن آخذ ثوبى وما نقصه القطع
قاله ابن القاسم فى المدونة وقال غيره اذا نقصته الخياطة فان شاء أخذه ولا غرم عليه للخياطة وان شاء
تركه وضمن القصار ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه بجبر وهو غير متعد فلذلك لم يضمن
ما نقصته الخياطة والغاصب يرد ما قطع وما ينقص القطع لانه متعد ومن وجد بثوب عيبا بعد ان قطعه
رده وما نقصه القطع لانه لا يجبر على رده بل له امساكه وأخذ ما نقصه العيب (فرع) وان كان
الذى أخذه قد قطعه وخاطه فان لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه ويغرم
خياطته ويعطى القصار أجره ولا يرجع عليه بأجر الخياطة قاله ابن القاسم فى الموازية وفى المدونة
فى بعض الروايات عن ابن القاسم ان أبى صاحب الثوب أن يدفع أجرة الخياطة فللذى خاطه أن يعطيه
قيمته صحيحا أو يدفعه اليه مخيطا فان دفعه اليه فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته وقال
سحنون اذا أبى صاحب الثوب من دفع أجرة الخياطة فليس له الا أن يضمن القصار فان ضمنه قيمـ

للقصار ادفع أجرة الخياطة للذي خاطه وخذه فان أبى قيل للآخر ادفع اليه قيمة الثوب فان أبى كانا شريكين هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة

(فصل) وقوله فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن يريد انه يضمن ما نقصه لبسه قل ذلك أو كثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا شئ على الغسال الا أن يعدم اللابس فيغرم الغسال ويتبعه به فى ذمته ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذى دفع اليه عالمين واختلفت قيمة اللبس ورجع من له فضل على صاحبه فان استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسئلة) ومن اشترى من رجل شيأ وشرط عليه فيه عملا ففى العتبية لعيسى عن ابن القاسم ان كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل فلا بأس أن يشتريه ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يخرز والقميص على أن يخاط والقلنسية على أن تعمل والقمح على أن يطحن وقد فرض مالك القمح فى بعض قوله وأجازه ابن القاسم وأجاز النحاس على أن يعمله تورا وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله قميصا والظهارة على أن يعملها جبة والحديد على أن يعمله قدرا أو عودا ينحته سرجا وهو بيع واجارة وقد جرى فى مسائل مالك فى الغزل على أن ينسجه والزيتون على أن يعصره انه كرهه قال انما خففه مالك فى الطحين وخياطة الثوب لان خروج ذلك معروف وقد عصره أيضا مالك فى الغزل على أن ينسجه والزيتون على عصره الا ما ذكرنا انه خففه وكل بيع مع اجارة فى الشئ المبيع فانه منع منه وان كانت فى غيره فاجارة وكل بيع وشركة داخلة فى المبيع فاجزها وان خرجت عنه فلا تجزها فتحصل من هذا ان ما يجهل صفة الخارج منه انه لا يجوز قولا واحدا وفيما تعرف صفة الخارج منه القولان المنع والاجازة المعروفة وجه الاجارة بصفته كما لو كان العمل فى غيره ووجه المنع انه مبيع معين لا يقبض الى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها فلم يجز ذلك فيه (فرع) اذا قلنا بالجواز فتلف الثوب بيد الخياط فقد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشترى من الثمن بقدر خياطة الثوب وطحن القمح الا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة فيضمن كالصناع ووجه ذلك انه اذا كان هو الصانع فقد خرج عن ضمان البائع الى ضمان الصانع واذا لم يكن هو الصانع فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه الى صانع غيره وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال والتزم اتمام الصناعات فيما دون أن يتولى عملها وانما يدفعها الى الصناع وقد علم ذلك منه لانه ليس من أهل العمل ولا معروفا بتناوله فانه لا ضمان عليه وهذا الذى باع الثوب على أن يدفعه الى الخياط قد التزم خياطته بأجرة وهى من جملة الثمن الذى أخذه وقد قال ابن حبيب من قال للخياط اذا خطته فادفعه الى غسال فزعم انه ضاع قبل أن يتم خياطته أو بعد تمامها قبل أن يدفعه الى الغسال فهو ضامن واذا قال ضاع عند الغسال صدق كما يصدق فى قوله رددته على قول ابن الماجشون قال ويضمنه الغسال ان أقر بقبضه ويجئ على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لانه لا يصدق عنده فى قوله رددته اليك كان يجب أيضا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق فى قوله دفعته الى الغسال اذا أنكر الغسال وقد صدق فى قوله اذا قال رددته اليك كالوكيل يصدق فى قوله رددته اليك ولا يصدق فى قوله دفعته الى الصانع اذا أكذبه الصانع وعلى أن مسئلة ابن حبيب هذه ان كان التزم الخياط الغسل فى ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته فهى تشبه مسئلة سحنون وان كان انما ناب فى تسليمه الى الغسال عن المشترى إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك وإما بأن استأجره هو الغسال وأذن للخياط فى تسليمه اليه فحكمه فى الوجه الأول حكم الوكيل وحكمه فى الوجه الآخر حكم من يدفع الى

الوكيل وكان الأظهر من مسئلة سحنون أن يضمن لان كل من أخذ ثوبا على أن يعمل فيه عملا لزمه ذلك فى ذمته أو فى عمله بيده فهو من جملة الصناع وهم يتساوون فى وجوب الضمان والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فى الحمالة والحول ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه ان أفلس الذى احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذى أحاله شئ وأنه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش وهذا على ماقال ان عقد الحوالة عقد لازم يقتضى ابراء ذمة المحيل من دين المحال فما طرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشغب بفلسه فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل لانه عيب طرأ على ماقد صار اليه حال سلامته ورضى به فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد ولو كان العدم موجودا قبل الحوالة فان لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه وان كان قد علم به وكتمه وغر منه فالرجوع عليه وقد تقدم فى البيوع بما يغنى عن اعادته وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فان الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول ﴾ ش وهذا على ماقال ان من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر فانه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه الى ذمة المتحمل وانما الحميل وثيقة من حقه على من هو عليه فان أفلس الحميل أو مات لم يبطل حقه بل هو ثابت على حسبما كان على غريمه وانما الحمالة معناها أن يلزم المتحمل احضار ما تحمل به وهى الكفالة والزعامة والضمان قال القاضى أبو محمد كل ذلك بمعنى واحد وقال فى المدونة اذا قال أنا لك ضامن أو كفيل أو حميل أو زعيم أو هو لك عندى أو على أو قبلى فهو كله ضمان لازم فى الحق والوجه قال والأصل فى جوازها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وهذا ان استدل به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة فبين وأما ان استدل به على ثبوت حكمها على ماذكره القاضى أبو محمد فانما هو على رأى من يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا الا ماخصه الدليل وهو المشهور من مذهب مالك والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الحمالة على وجهين حمالة بالوجه وحمالة بالمال فأما الحمالة بالوجه فهى جائزة خلافا للشافعى فى منعه من ذلك والدليل على مانقوله ان المقصود منها المال لانه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال فنقول انه وثيقة يتوصل بها الى المطالبة بالمال فصح تعلقها بالوجه كالشهادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالحمالة بالوجه على وجهين أحدهما الحمالة بالوجه على الاطلاق فان جاء الكفيل بالمتكفل به برئ ووجه ذلك انه قد وفاه ما تحمل له من احضار وجهه (مسئلة) وهذا اذا لم يعين لمجيئه به وقتا فمتى جاءه به برئ وان ضرب لمجيئه به أجلا فجاءه به عند الأجل برئ قاله مالك فى المدونة لانه قد أتى به على ماشرط فوجب أن يبرأ ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر فأحضره من الغد فانه لا يبرأ حتى يأتى به عند الأجل رواه أبو زيد فى العتبية عن ابن القاسم ووجه ذلك انه شرط احضاره فى وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله أصل ذلك حضوره يوم الحمالة (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار ان يحضره الحميل أو وكيله على ذلك فان أحضره أجنبى وسلمه الى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد انه قد أسلم نفسه اليه عن الحميل لم يبرأ الحميل بذلك قاله فى المدونة زاد فى كتاب ابن المواز الا أن يأمره الحميل بذلك فيكون ذلك كدفع الحميل لانه قد وكله على النيابة عنه فى ذلك فاذا أشهد بذلك لزم الطالب وان أباه * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله

﴿ القضاء فى الحمالة والحول ﴾ * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه انه ان أفلس الذى احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذى أحاله شئ وانه لا يرجع على صاحبه الأول * قال مالك وهذا الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا * قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فان الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول

وهذا عندى اذا لم يرد الطالب قبوله الا بتسليم الحميل لانه حق قد لزم الحميل فللطالب أن لا يقبله من غيره وله أن يقبله فيبرأ الحميل كما لو كان عليه دين فدفعه عنه أجنبي فان للطالب أن لا يقبله من الأجنبي الا بتوكيل الغريم وله أن يقبله فيبرأ بذلك الغريم (فرع) وهذا على اطلاق الحمالة ولو شرط الحميل على الطالب اذا لقيت غريمك فتلك براءتي فقد روى حسين بن عاصم وابن القاسم فى العتبية انه ان لقيه بموضع يقدر عليه فقد برئ وله شرطه ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الحميل (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار أن يحضره ويسلمه اليه حيث تنفذ الأحكام عليه وان كان بغير بلده وأما ان دفعه اليه بحيث لا يستطيع حبسه أولا سلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنة أو مفازة أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه فانه لا يبرأ بذلك قاله كله فى المدونة قال فى كتاب محمد ولو أسلمه اليه وهو محبوس فى دم أو دين أو غيره فقد برئ ويكفيه أن يقول قد برئت اليك منه وهو فى السجن فشأنك به ووجه ذلك انه انما تكون البراءة بتسليم متمكن به من طلب حقه وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه فليس هو الذى شرط عليه ولا يتوصل به الى الغرض من الحمالة فلا يبرأ به الحميل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو مات الغريم لسقطت الحمالة عن الحميل لانه انما تحمل للطالب باحضار نفسه وذلك يقتضى أن تكون موجودة ونفسه قد ذهبت لموته وعدم بذلك شرط التمكن من احضارها (فرع) وهذا ان مات ببلده قبل أن يلزم الحميل احضاره أو بعده رواه عيسى عن ابن القاسم وقال لانه وان كان حان الأجل فلم يطالب به فلا شئ عليه وان مات بغير البلد فقد قال أشهب لا أبالى مات غائبا أو فى البلد قال الشيخ أبو محمد يريد لا يغرم الحميل وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية يغرم فى موت الغائب ان كان الدين حالا قربت الغيبة أو بعدت فان كان الدين مؤجلا فمات قبله بمدة طويلة لو خرج اليه لجاء به قبل الأجل فلا شئ عليه وان كان على مسافة لا يمكنه أن يجئ به الا بعد الأجل فهو ضامن وانما يلزمه ضمان المال بمغيب الغريم لانه لا ضمان له يتسبب به الى استيفاء ماله فاما لم يف بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما تعذر من احضاره وهو المال (مسئلة) واذا حان الأجل فطلب الحميل بالغرم وقد غاب فسأل أن يؤجل الثانى ففى العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم أن كان قريب الغيبة قال فى المدونة اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب فله ذلك وان كان بعيد الغيبة فليس له ذلك وليغرم مكانه وقال ابن وهب فى الموازية اذا غاب الغريم قضى على الحميل بالغرم ولا يضرب له أجل ليطلبه ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة ولا يمنع التأجيل الخفيف القريب الغيبة ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة ان ضرب له أجل قريب لم ينتفع به فى الظاهر وان ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب وفى الغيبة القريبة يضرب له الأجل القريب رجاء أن يحضره فى مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبرأ الحميل ولا يستضر الطالب (مسئلة) ولو كان للغريم مال حاضر فسأل الحميل أن يباع له ففى سماع يحيى من العتبية وهو فى الموازية عن غيره ان كان على مسيرة عشرة أيام بيع ماله عليه وأما على يومين فلا وليكاتب حتى يبعث أو ييأس منه فيباع عليه ولا يؤخر حميل المال وهو كالغريم نفسه * وقال مالك فى المدونة يباع له الرباع وغيرها وذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم انما اختلف قوله فى الحكم فيها وأما بيعها فى الدين فقوله انها تباع فى الدين ووفاته مخالفة العتبية لرواية يحيى فى عشرته ومتضمنه ان الخلاف فى بيعها فى الدين (مسئلة) ولو غاب الغريم فتلوم على الحميل ثم قضى عليه بالغرم

ثم حضر الغريم ففي المدونة عن ابن القاسم قد مضى عليه الحكم ولزمه المال ولو قامت البينة بعد الغرم ان الغريم كان ميتاً قبل الحكم عليه لارتجع ماله ووجه ذلك ماقدمناه انه بموت الغريم يبرأ من الحمالة فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتاً يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لايلزمه فلذلك وجب له الرجوع فيه وفي الموازية في الحميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الحميل بحقه و بما عجز عنه الغريم ثم أيسر الغريم رجع على من شاء منهما

(فصل) وأما الضرب الثاني من حمالة الوجه وهي الحمالة التي يشترط فيها أن لاشئ عليه من المال ففي كتاب ابن المواز عن مالك ان شرط حمالة الوجه ليست من المال في شئ قال محمد أو يقول لا أضمن لك الا الوجه فهذا لايضمن الا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو أفلس ليس عليه الا احضاره وفائدة هذه الحمالة يضمن الاحضار خاصة وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه فاذا قيد الحمالة بانه لاتتعلق حمالته بالمال لم يلزمه غير ما التزم من الاحضار وجازت هذه الحمالة لتعلقها في الجملة بالمال المتعلق بالذمة ولولا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الحمالة لان الأعيان لايصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبداً يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد أو تعزير لان الضمان لاتعلق له بالذمة ولا مال ان طلبها ولذلك لم تصح والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم برئ وان جاء الأجل فلم يحضره فلاشئ عليه الا احضاره لا يكلف غيره مالاً ولاغيره وروى حسين بن عاصم في العتبية عن ابن القاسم ان أجل في طلبه آجالاً كثيرة فقد قال مالك لاشئ عليه غير طلبه وان طال ذلك فعلى ماشرط (فرع) وان قال له الطالب هو بموضع كذا فاخرج اليه فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم ان كان مثله يقدر على المسير اليه أمر بذلك وان ضعف عنه لم يكلفه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان جهل مكانه فليس عليه طلبه ولا الغرم عنه وان عرف مكانه لزمه الخروج اليه فيما قرب أو بعد على مسيرة الأيام التي تكون من أسفار الناس فيخرج أو يرسل اليه أو يغرم الا في البعيد المتفاحش وجه القول الأول مراعاة حال الحميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه لانه انما دخل على مايطيقه ووجه القول الثاني مراعاة مايتكلف من الأسفار غالباً الا انه ان لم يقدر على مباشرة المسير اليه استناب غيره (فرع) ولايضمن من المال الا أن يلقاه فيتركه أو يغيبه في بيته فان ثبت ذلك ببينة ضمن وروى حسين عن ابن القاسم وقال أشهب اذا لقيه فتركه ضمن ووجه ذلك انه يضمن احضاره دون احضار المال وان غاب عنه وتعذر عليه احضاره فهو على شرطه وان ترك احضاره مع القدرة عليه فقد أتلف على الرجل ماله حين تركه الحميل بما يضمن من احضاره ثم قصد الى تركه أو يستره في بيته فكان عليه ضمان ما أتلفه عليه

(فصل) وأما الحمالة بالمال فمعناها التزام ايصال المال الى من تحمل له به ولاتبرأ بذلك ذمة المتحمل عنه خلافاً لابن أبي ليلى في قوله ان ذلك يبرئ ذمة المتحمل عنه قال القاضي أبو محمد لانها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي الحمالة بالمال ستة أبواب * الباب الأول فيما تصح به الحمالة وتمييزها مما لاتصح به الحمالة * والباب الثاني فيمن تصح الحمالة منه وتمييزه ممن لاتصح الحمالة منه * والباب الثالث فيمن تصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لاتصح الحمالة عنه * والباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الحميل * والباب الخامس في رفق الطالب بالحميل أو الغريم * والباب السادس في قضاء الحميل عن الغريم

(الباب الأول فيما تصح الحمالة به)

الحمالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقوله ان هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه فذلك جائز سمى الدين أو لم يسمه والغرماء حضور أو غيب في الصحة أو في المرض وفي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات وعليه من الدين مالا يدرى كم هو وترك مالا من عين وعرض لم يحصر ولا يدرى كم هو فتحمل بعض ورثته بدينه الى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله فان كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة على فرائض الله تعالى وان كان نقصان فعليه وحده ان ذلك جائز كان الذى تحمل به نقدا أو مؤجلا لانه صنعه على وجه المعروف ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز لانه بيع فاسد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان طرأ غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه ولا ينفعه قوله لم أعلم به قال ذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك انه قد التزم أداء ديونه على العموم ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم والتزام المجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما غائب أن ذلك يلزمه قال ابن القاسم في المدونة لان مالكا قال من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بائع فلانا وأنا ضامن لما بايعته به لزمه ذلك اذا ثبت ما باعه به قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره انما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضا حال المتحمل له قال القاضى أبو محمد هذه المسئلة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثانى ان ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البحر وعلى ضمانه والثالث أن اطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة ووجه ذلك ان من قال لبائع فاكهة يريد مبايعة رجل بالدرهم والدرهمين أنا ضامن لما بايعت به فلانا فعامله بثياب قرقبية باعها منه أو يواقيت وجواهر لها الثمن الكثير من آلاف الدنانير لم يلزمه ذلك لانه يعلم انه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان وانما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبايعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشئ بعد الشئ والله أعلم وأحكم (فرع) ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه ففي المدونة عن ابن القاسم له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه احلف على ما تدعيه قبل أخى وأنا ضامن ثم أراد الرجوع فليس له ذلك والفرق بينهما ان الحميل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيأ ماضيا ولا حقا ثابتا وانما وعد بالحمالة في المستقبل اذا وجد الدين فله أن يرجع قبل أن يلزم الحمالة بوجود الدين والذى قال له احلف بما تدعيه وأنا له ضامن يضمن أمرا قد تقدم وجوده فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي بيمينه في المستقبل فلذلك لم يكن له الرجوع لانه قد تضمن دينا ماضيا على صفة وهى وجود اليمين المثبتة له والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول (مسئلة) ومن أعتق عبده على ألف درهم جاز له أن يأخذ منه بها حميلا ولا تجوز الحمالة بكتابة المكاتب وان لم يتعجل العتق والفرق بينهما انه ان عجل عتقه على مال لزمه ذلك المال في ذمته فلذلك صحت الحمالة به وما على المكاتب من غرم كتابته فغير معلق بصفة ولا هو دين ثابت عليه لانه يسقط بالعجز عنه فلذلك لا تصح الحمالة (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ حميلا لمعين اشتريته قاله ابن القاسم في المدونة قال لان

مالكا قال لا يجوز أن يأخذ حميلا بسلعة غائبة اشتريتها بعيدة كانت أو قريبة يجوز فيها النقد ووجه ذلك ان عين المعين لا يقدر الحميل على احضارها ولا تتعلق بذمته ومعنى الحمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل والاعيان لا تتعلق بالذمم فلذلك لا يجوز التحمل بها (مسئلة) ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انها متعلقة بمعينين ولا تعلق لها بالذمم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجيرا أو صانعا معينا لم تصح فيه الكفالة لانه لا يصح أن يقوم غيره مقامه في العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذمم قاله ابن القاسم في المدونة ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحت الحمالة بها (مسئلة) والحمالة بالجعل حرام قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلا على حمالته قال في العتبية ويرد ما أخذ قال في الموازية فان كان صاحب الحق عالما بذلك سقطت الحمالة ورد الجعل فان لم يعلم بذلك فالحمالة لازمة والجعل مردود ومعنى ذلك انه عقد يختص بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالقرض وقد قال أصبغ في الموازية كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب فالحمالة له ثابتة وانما يفسدها علم الطالب قال محمد ويكون ذلك من سببه ومعاملته فاذا لم يكن من سببه ولا علم به في الحمالة فالحمالة ثابتة (مسئلة) وكل حمالة وقعت على حرام من المتبايعين في أول أمرهما أو بعده ففي الموازية لا يلزم الحميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاه علمه الحميل أو جهله وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين الى أجل وأخذ بهما حميلا الحمالة ساقطة وكذلك كل حمالة بامر فاسد قال محمد ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك وقد قال ابن القاسم فيمن دفع دينارا في دينارين أن الحمالة في ذلك ساقطة وكذلك في فسخ الدين في الدين وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان لم يعلم الحميل بذلك فالحمالة ساقطة وان علم لزمته في دينار من الدينارين وبطل الربا فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم في ابطال ذلك أن الحمالة انما تعلقت بأحد عوضي عقد البيع وذلك لا يكون الا بعد صحة العقد فاذا ابطل العقد لفساده بطل العوض منه ووجب أن تبطل الحمالة لما بطل ما تعلقت به ووجه رواية عيسى ان الحميل اذا علم بذلك فانما تضمنت حمالته رد ما صار الى المتحمل عنه اذا وجب عليه رده بالشرع واذا لم يعلم بذلك فانما التزم المتحمل العوض في عقد وذلك يعدم في هذه المسئلة للاتفاق على ابطال عقد البيع (مسئلة) ومن باع طعاما من مبيع قبل قبضه وأخذ به حميلا فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب ان الحمالة ساقطة ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به فبطلت الحمالة (مسئلة) ومن أسلف سلفا فلا بأس أن يأخذ به حميلا قال مالك في الموازية قال وما علم أحدا كرهه الا الحسن ووجه ذلك انه وثيقة تجوز في البيع فجازت في القرض كالشهادة (مسئلة) والحمالة بما على الميت جائزة وان لم يترك وفاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك اذا لم يترك وفاء والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال هل ترك شيأ قالوا لا قال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعلي دينه فصلى عليه ومن جهة المعنى ان كل دين صحت الحمالة به مع اليسار فانها تصح به مع الاعسار كدين الحي

(الباب الثاني في ذكر ما تصح الحمالة منه وتمييزه ممن لا تصح حمالته)

الذي تصح حمالته كل مالك لأمره لا حجر لاحد عليه سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس اذا فهم مراده قال مالك في المدونة يجوز كفالته اذا فهم عنه وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره فانه يعتبر

أمره فان كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يلزمه الحمالة وأما البكر التى لم تعنس فهى كالصغير فى ذلك وأما التى عنست وأونس رشدها فى بيت والدها ففى المدونة انه يجوز حمالتها عند ابن القاسم ووجدته فى كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز هبتها وكذلك كفالتها الان بضعها بيد أبيها ووجه ذلك انه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب فى البضع لم يسقط فى المال وجه القول الاول ان الولاية فى البضع لا تزول بالرشد والولاية فى المال تزول بالرشد لانها تراد لحفظ المال فاذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال وبقيت ولاية البضع لانها تراد لحفظ البضع مما يغيب فمعناها باقية ما بقيت المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق فى الدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حمالتهم بغير اذن السيد باطلة وان كان العبد مأذونا له فى التجارة وقال ابن الماجشون تجوز حمالة العبد وحكى ابن المواز القولين فى العبد وجه القول الاول وهو قول مالك وجمهور أصحابه معنى يدخل فى ذمته نقصا وعيبا فلم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالمداينة وأيضا فانه وجه من المعروف فلم يكن له بغير اذن سيده وان أذن له فى التجارة كهبة ماله (مسئلة) وتجوز حمالة العبد باذن السيد وان لم يكن مأذونا له فى التجارة الا أن يستغرقه الدين فلا يجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله ان الحجر انما تعلق به لحق سيده فاذا أذن له فى ذلك جازت له حمالته ولو كان عليه دين يفترق ماله لم يجز ذلك لانه محجور عليه لحق الغرماء فلا تصح حمالته أذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان اذن السيد للمكاتب والمدبر وأم الولد فى الحمالة جازت حمالتهم وقال غيره لا يجوز معروف المكاتب لان ذلك داعية الى رقه وليس له ذلك ولا لسيده ووجه قول ابن القاسم انه محجور عليه بحكم الرق فجاز ما يفعله من ذلك باذن السيد أصل ذلك العبد القن ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه فوجب أن يكون ممنوعا من كل ما يكون سببا له (مسئلة) وهل للسيد اكراه العبد على الحمالة قال ابن القاسم فى المدونة ليس له ذلك وقال ابن الماجشون فى النوادر له ذلك وجه قول ابن القاسم ان السيد ليس له ادخال نقص فى ذمة عبده كما ليس له أن يثبت ذلك دينا عليه ووجه قول ابن الماجشون ان له انتزاع ماله وهو بمعنى ذمته فكان له شغل ذمته على هذا الوجه (مسئلة) وأما المستغرق فى الدين ففى العتبية والموازية عن مالك لا يجوز حمالة من أحاط به الدين كصدقته وتفسخ لانها من المعروف ووجه ذلك ان من كان للغرماء رد عتقه كان لهم رد كفالته وهبته كالمضروب على يديه (مسئلة) وأما المريض ففى المدونة عن ابن القاسم يجوز كفالة المريض فى ثلثه وروى ابن المواز عن عبد الملك ان كان المحمول به مليا لزمته وان كان عديما بطلت ولم يكن فى الثلث اذا لم يرد بهذه الوصية ووجه قول ابن القاسم انه معروف يفعله المريض فكان فى ثلثه كهبته ووجه قول عبد الملك ما احتج به (مسئلة) وأما كفالة ذات الزوج ففى المدونة عن ابن القاسم ان ذلك فى ثلث مالها فان زادت على الثلث فى كفالتها فللزوج ابطال جميعها الا أن يزيد على الثلث الدينار والشئ اليسير فيمضى الثلث والزيادة وقال المغيرة اذا حازت المرأة الثلث لم يبطل كالمريض يوصى بأكثر من ثلثه (مسئلة) واذا تكفلت المرأة بزوجها ففى المدونة قال مالك عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتها عنه ومعنى ذلك ان كفالتها عنه باذنه ورضاه فان لم يرض بذلك فعلى مذهب ابن القاسم تبطل الا أن تكون بثلث مالها فأدنى والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فيمن يصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه)

ويحرر ذلك انها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أداؤه من ماله وأما المولى عليه فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حيل بما تقدمت المعاملة فيه أو بما تستقبل المعاملة فيه فان كان تحمل عنه بثمن ما قد ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازية ان كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم لزم الحميل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شيء مما تحمل به فان كانت المعاملة قبل الحمالة لم يلزم الحميل شيء يريد انه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عامله المتحمل له بسببه فلا يلزم الحميل شيء وان كانت المعاملة بعد ذلك لزم الحميل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم وان كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط فيسلفه النفقة فيها فهذا يلزم الحميل فعلى هذا فانما تحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الحميل ويرجع به وهو ما يلزم مال اليتيم وقسم يلزم الحميل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما عومل به بسبب الحمالة ولا يلزم مال اليتيم وقد قال أصبغ في العتبية فيمن اشترى من سفيه وأخذ حميلا بما يلزمه من قبله فأبطل البيع والثمن على السفيه فان الحميل يغرم الثمن ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الحميل ولا يرجع به كالمتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله

(الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الحميل)

لا يخلو أن يكون الحميل واحدا أو جماعة فان كان واحدا فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه اختلف فيه في قول مالك فقال في المدونة في الحميل بالمال للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره قال القاضي أبو محمد وبه قال مالك والشافعي ثم رجع مالك فقال لا يبيعه الا في عدمه أو غيبته قال القاضي أبو محمد وبه قال عبد الملك وجه القول الاول ان الحق متعلق بذمته في حال عدم الغريم فوجب أن يكون متعلقا بذمته في حال يساره كالغريم ووجه القول الثاني عندي انه وثيقة بالحق فلم ينتقل اليه الا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن (مسئلة) وليس للطالب أن يكلف الحميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه اذا كان موسرا قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه وثيقة بالحق من الغريم وانما له مطالبته بدفع الحق يرجع اليه عند تعذر استيفائه وليس بوكيل على المطالبة بالدين (مسئلة) وليس للحميل أخذ الحق الى الطالب ووجه ذلك ان الحميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه وانما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به وهو إيصال الدين الى مستحقه (مسئلة) واذا حل أجل الدين والغريم غائب فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحميل وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في البعيد الغيبة والذى لا يدرى أين هو فلا يضرب له أجل فان كان له مال حاضر فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو في حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع وما يطول أمده ويكون فيه التربص فان كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب وان كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الحميل ثم للحميل أن يباع له ذلك وان كان قريب الغيبة أجل الحميل أجلا قريبا وكرر فان أبى والا فعل به ما ذكرناه قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم (مسئلة) واذا حل الاجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحميل وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ان قال الطالب ان الغريم عديم وقال الحميل هو ملىء ولم يعرف له مال ظاهر غرم الحميل ومعنى ذلك ان ذمة الحميل قد تعلق بها الحق فلا يبرأ الا بالأداء وانما يبرأ الغريم بالمطالبة اذا كان له مال فعلى الحميل الذى يدعى يسره اظهار ذلك المال فيبرأ والا لم يبرأ من الدين (مسئلة) وهذا فيما يثبت من دين الغريم بالبينة فأما ما لا يثبت الا باق

الغريم فلا يلزم ذلك الحميل رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون الاقرار بالدين بعد الحمالة وأما اذا أقر به الغريم قبل الحمالة فشهد بذلك على اقراره شاهدا عدل فان الذي يريد مالك بقوله انه مما تقوم به البينة ويلزم ذلك الحميل والله أعلم وأحكم

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل ان لم آتك به غدا فالمال علي وقد سماه لم يلزمه المال وان لم يأت به حتى يبينه الطالب ببينة ولو أقر المطلوب بعد الحمالة لم يلزم ذلك الحميل الا ببينة وكذلك من ادّعى على غائب ألف درهم فتكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر أو أقر لم يلزم الحميل ذلك الا ببينة على أصل الدين أو بينة على اقرار الغريم قبل الحمالة قاله كله في الموازية ونحوه في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الحميل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه يغرم الحميل ثم ان قامت له بينة رجع على الغريم بما أدى عنه ورواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم قال وان لم يكن للحميل بينة لم يرجع الغريم بما أداه

(فصل) وان كان الحملاء جماعة تكفلوا له بمال فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أوله أخذ من شاء منهم بجميع حقه فان أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وانما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته منه فان كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك انهم اذا تكفلوا بمائة فانما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة فلا يلزمه سواها (مسئلة) وان شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه وان كانوا موسرين فان أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انه اذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحمالة فليس لهم أن يأخذوا واحدا منهم الا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم الى الحميل من الاعسار أو الغيبة والله أعلم وأحكم (فرع) ولو غاب الحملاء الا واحدا منهم فغرم الحاضر المال ثم قدم الحميلان والغريم فقد قال ابن القاسم في المدونة للحاضر الذي غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثي المال وان كان الغريم مليا وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحميل اذا كان الغريم موسرا حاضرا ووجه الفرق بينهما ان الحميل انما أخذ وثيقة من الدين الذي على الغريم فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحميل الذي غرم في غيبة الحملاء والغريم فكل واحد منهم حميل بجميع المال فانما غرم عن الحميل كما غرم عن الغريم لانه لو حضر صاحبه في الحمالة لزمه الغرم معه فلما كان أداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم (مسئلة) فان اشترط ان له أخذ من شاء منهم بجميع الحق ففي المدونة عن ابن القاسم له أن يأخذ من شاء منهم بحقه وان كان شركاؤه في الحمالة حضورا موسرين لانه قد شرط ذلك واذا أخذ أحدهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشئ مما أداه لان الطالب قد شرط في الحمالة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم فاذا عين حقه عند أحدهم فانما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه فلذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشئ مما أداه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب ان الشرط باطل وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه الا في عدم أصحابه أو غيبتهم (فرع) فان شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه ان بعضهم حملاء عن بعض فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم لانهم قد شرطوا انه ان عين حقه عند أحدهم فعلى وجه ان بعضهم حملاء عن

بعض فقد تعلق الحق بحمالة جميعهم على ان للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى لم يتعلق الدين بحمالة جميعهم وان تعلق بحمالة واحد غير معين فللطالب أن يعينه من شاء منهم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له بدينه رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلا آخر فقد روى ابن الماجشون عن مالك له أن يتبع اى الحميلين شاء ووجه ذلك ان كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضي تقدم أحدهما فاقتضى ذلك التخيير في أن يطلبهما أو يطلب أيهما شاء (مسئلة) ومن تحمل لرجل بمال على غريم ثم تحمل له رجل آخر بالحميل فانما له أن يطلب الغريم فان غاب أو أعسر انتقل الى طلب الحميل الأول فان غاب أو أعسر انتقل الى الحميل الثاني قاله ابن الماجشون ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثاني كحاله مع الحميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الحميل)

وجه ذلك ان الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما فاما الهبة فان وهب الغريم فقد برئ الحميل لان الهبة كالاقتضاء ولو اقتضى حقه لبرئ الحميل فكذلك اذا وهبه ولو وهب الحق الحميل لم يبر الغريم عليه أن يؤدي الى المتحمل له (فرع) ومن أخذ حميلا بثمن سلعة على ان له أن يأخذ أيهما شاء بحقه فمات الغريم فأحاله الطالب ثم أراد أن يطالب الحميل ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك يحلف ماوضع الا الميت وهو على حقه قال محمد فيه شيء وقال في موضع آخر فيها نظر وروى في موضع آخر عن مالك ان كان أخر بعض الحق من تركة الميت كان ما أخذ بالحصص بين الحقين ويحلف ماوضع الا الميت ويكون على الحميل حصته مما بقي (مسئلة) وأما ان أخر الغريم ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك ان أخر الغريم سنة فالحمالة ثابتة الا ان للحميل أن يمنع التأخير ويقول أخاف أن يفلس فليس له التأخير قال ابن القاسم في المدونة الا أن يسقط الحمالة وقال غيره في المدونة اذا أخر الغريم وهو موسر تأخيرا بينا فقد سقطت الحمالة عن الحميل وان كان الغريم معسرا فله أن يقوم على الكفيل وأن يقف عنه وجه قول ابن القاسم ان تأخير الغريم لاينافي حمالة الحميل فليس فيه دليل على ابراء الحميل ولا يكون تأثيره في اسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره في اسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذمتهما ووجه قول الغير انه لما لم يلزم الحميل تأخير الغريم كان الظاهر من تأخيره ابراء الحميل والله أعلم (فرع) ولو علم الحميل بتأخيره فسكت لزمته الحمالة فان لم يعلم بذلك حتى حل الأجل حلف الطالب ما أخره ليبرئ الحميل وتثبت له الحمالة قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان ترك الاعتراض من الحميل في تأخيره رضا به فان لم يعلم بذلك واحتمل تأخير الطالب للغريم الذي لايلزم الحميل تجويزه أن يريد به ابراء الحميل كان على الطالب اليمين انه لم يرد به ابراءه وانما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقا بحمالة الحميل (مسئلة) ولو أخر الطالب الحميل فذلك تأخير للغريم الا أن يحلف ما كان ذلك تأخيرا فان نكل لزمه التأخير لانه لو وضع عن الحميل الحمالة لكان له أن يتبع الغريم قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما لزمه من اليمين ان تأخيره الحميل محتمل لتأخير الغريم له فلزمته اليمين انه ما أراد ذلك ولا قصده

(الباب السادس في قضاء الحق)

فان دفعه الغريم برئ وبرئ الحميل وان دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم فان كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله وان كان ادى عنه غير ما عليه مثل أن يكون

الدين دنانير فيدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضي الصرف وأما بعد الأجل ففي كتاب ابن المواز ان ذلك جائز وفيه أنه غير جائز واليه رجع ابن القاسم وهو قول أشهب وأصحابه وجه القول الأول ان ما بين الطالب والغريم قد صح باتخاذ المصارفة لان ذلك متعلق بذمته كالذي كان له عليه الدين ووجه القول الثاني بالمنع ما احتج به محمد من ان الغريم يكون مخيرا بين أن يدفع ما كان عليه أو ما دفع عنه فيدخله الخيار في الصرف وفسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن القاسم لا يؤخذ من الغريم الدنانير ولكن يخرج الغريم الدنانير ثم يشترى بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غيرها وان زادت فليس له الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخير ان شاء دفع الدنانير أو الدراهم ثم رجع فقال هذا حرام بين الحميل والغريم وقاله أشهب وجه القول الأول ان عمل الكفيل مع صاحب الحق اذا حكمنا بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير لانه تأخير في الصرف فوجب أن يصح بأن يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهته شيء ثم يشترى للحميل من جنس ما أدى فان كان فيه نقص فهو الذي أدخله على نفسه وان كان فيه فضل لم يكن له لان ما دفع عنه انما هو سلف أسلفه اياه فلا يأخذ أكثر منه ووجه القول بالتخيير ان هذا تخيير ثابت بالشرع فلا يبطل الصرف كخيار من وجد في عوض الصرف زائفا فانه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يمنع صحة ذلك الصرف (فرع) فان قلنا برواية المنع فلا يجوز أن يصالح الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنانير بدراهم ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء الا بالجزاف منه أو بما يرجع الى القيمة من حيوان أو عرض أو غيره لانه فيما يكال أو يوزن يرجع الى أن يكون الغريم مخيرا ومعنى ذلك انه يدخله الخيار في فسخ الدين في دين وذلك غير جائز وأما ما يرجع الى القيمة فانه يقوم بجنس الدين فلا يدخله تخيير ولا فسخ دين في دين (مسئلة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل فمات الحميل قبل الأجل ففي المدونة لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله قال في المدونة وان كان الغريم مليا حاضرا فليس لورثته أن يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل وقال ابن الماجشون لا يحل الحق بموته ولكن يوقف من ماله بقدر الدين وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته فوجب أن يحل بموته ويتعجل طلبه منه كالغريم ووجه القول الثاني انه حميل فلا تطلب تركته بالدين لموته اذا كان الغريم حاضرا مليا أصل ذلك اذا مات بعد الأجل (فرع) ولو مات الحميل مفلسا فان لصاحب الحق أن يحاص الغرماء في ماله قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنه يحل الدين بموته فوجب أن يحاص الغرماء في ماله كالغريم (مسئلة) ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية ههنا يبدأ بالغريم فان كان غائبا أو عديما أخذ من مال الحميل ووجه ذلك انه قد كان له أن يطالب الغريم فلم يكن له أن يطالب الحميل وانما له مطالبة الحميل اذا لم يكن له مطالبة الغريم (مسئلة) ولو مات الغريم قبل الأجل فللطالب أن يتعجل حقه من ماله وان لم يكن له أن يطالب به الحميل حتى يحل الأجل قال ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان الدين يحل بموت من يتعلق بذمته فان طلب من الغريم روعيت حاله في أخذه منه بموته وان طلب من الحميل روعيت حاله فلا يحل بموت غيره كما لو مات الحميل قبل الأجل فانه لا يكون ذلك سببا لمطالبة الغريم والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت ذلك فنرجع الى تقسيم لفظ مسئلة الأصل وهو قوله فان هلك الحميل أو أفلس فان الذي تحمل له يرجع على غريمه الأول يريد انه ان مات مفلسا أو أفلس مع بقاء حياته لان حقه لم ينتقل

عن ذمة الغريم بالحالة وانما أخذ الحميل وثيقة لحقه كالرهن ففلس الحميل بمنزلة ضياع الرهن والله أعلم
وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه عيبا لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن
القاسم أن يتعجل من ماله دينا وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين فحكم الحالة باق
على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غريمه الأول لفظ الرجوع يقتضي ظاهره انه قد كان تعلق بمطالبة الحميل
أولا وأنه كان له ذلك وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الاول ان له أن يبدأ بمطالبة الحميل ان
شاء فان مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفى منه كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها اذا باع
من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع الى مطالبة الغريم ومنها أنه اذا باع من الغريم وأخذ
منه حميلا وشرط ان له أن يأخذ أيهما شاء فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان له ذلك
وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازية فعلى هذا أيضا ان مات الحميل أو أفلس
كان له الرجوع الى مطالبة الغريم ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسا فاتبع مطالبة
الحميل فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع الى اتباع الغريم في ذمته بما بقي عليه ويحتمل أن يريد
بقوله يرجع على غريمه معناه يبقى حقه ثابتا على غريمه لا يبطل بموت الحميل بخلاف الحوالة التي
تبطل حقه بموت المحال عليه ولا يكون له مطالبة الحميل والله أعلم أي ذلك أراده

﴿ القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع
فشهد عليه بذلك أو أقر به فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع
بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه اياه ﴾ ش وهذا على ما قال انه
ان أحدث المبتاع بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره ثم اطلع على عيب كان عند البائع فلا يخلو أن
يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسئلة أو لم يدلس به فان كان دلس به فلا يخلو أن يكون
ما أحدثه فيه المبتاع مما جرت العادة به ومما يشترى غالبا له أو يحدث فيه مما لم تجر العادة بمثله فأما القسم
الاول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع
فللمبتاع أن يرجع بجميع الثمن ولا يرد ما نقص ذلك المبيع ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك
الثوب مثل أن يكون ثوب وشي رفيع فيقطعه جوارب أو رقاعا فهذا لا يرده على المدلس لانه قد فات
بذلك من الفعل ويرجع بما نقصه قاله ابن القاسم في المدونة وذلك ان البائع قد علم ان المبتاع يتصرف
في المبيع التصرف المعتاد فاذا أسلمه اليه على وجه التمليك مع ما دلس له به من العيب فقد أذن له في
ذلك فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد فلذلك يلزم من
فعله (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البينة بانه كان عالما بالعيب عند
المبيع فللمبتاع رده وأخذ جميع الثمن وهل له امساكه والرجوع بقيمة العيب قال ابن القاسم له ذلك
وقال ابن المواز ليس له ذلك اذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع فان كان صناعة كالصبغ والخياطة
كان له ذلك لان له أن يمتنع من تسليم صناعته وحكى ذلك عن أصبغ ووجه ما قاله ابن القاسم ان
العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصنعة وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث
ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم فلم يكن له امساكه والرجوع بقيمة المبيع اذا لم يكن

﴿ القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول اذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع فشهد عليه بذلك أو أقر فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه اياه

فيمغبن فوته أصل ذلك اذا لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فان ادعى المبتاع على البائع التدليس وأنكره البائع وادعى النسيان ولم تقم بينته له بشئ من ذلك فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع وقيمة العيب الحادث ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب القديم وروى ابن المواز عن مالك لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع فان اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع اذ لا فائدة فى استحلافه لان حاله فى الرجوع بقيمة العيب فى التدليس وغيره حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتا فى التدليس وان أراد الرد استحلف البائع فان حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين ان التخيير لا يثبت الحكم به الا بعد اليمين وأما قبل اليمين فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير وقد تقدم ذكره فاذا حلف بطل حكم التدليس ولزم الحكم بالتخيير ووجه قول مالك ان التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث ولا معنى لليمين الا اثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع وانما ذلك فى الرد فاذا لم يختر الرد فلا معنى لهذه اليمين لانها غير مؤثرة فى الامساك والرجوع بقيمة العيب القديم وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم فى اثبات التخيير مع التدليس وقول ابن القاسم فى هذه المسئلة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ فى اسقاط حكم التخيير مع التدليس وانما ألزم المدعى النسيان اليمين لانه يمكن أن يكون عالما بالعيب عند البيع فاذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره لزمته اليمين والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك وان ابتاع رجل ثوبا وبه عيب من حرق أو عوار فزعم الذى باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذى ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو فى ذلك بالخيار فان كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد فى ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذى باعه الثوب فعل وينظر كم الثوب وفيه الحرق أو العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم وثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين فى الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ فى ثمن الثوب ﴾ ش وهذا على ما قال ان المبتاع اذا وجد بالثوب عيبا دلس به البائع بعد ان أحدث فيه المبتاع صبغا زاد فى ثمنه فان المبتاع مخير بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم فى كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيبا غير مصبوغ ثم يقومه تقويما ثانيا مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ فى قيمته وهذا معنى ما فى المدونة عن ابن القاسم ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك فى المدنية وزاد فيها انه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثمن ثوبه معيبا يدفع قيمته وحكى عن الشيخ أبى بكر انه قال يعتبر بقيمته يوم الحكم (فرق) قال فى هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ فى قيمة الثوب وقال فيمن اشترى ثوبا فصبغه واستحق من يده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه انه يكون شريكا بقيمة الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك اختلفا * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس بالبين لان من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة اذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذى يجد العيب اذا رضى بامضاء البيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندى فى الفرق بينهما انه انما ثبت له قيمة فى الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته اليه

قال وان ابتاع رجل ثوبا وبه عيب من حرق أو عوار فزعم الذى باعه انه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذى ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو فى ذلك بالخيار فان كان المبتاع [illegible] الثوب صبغا يزيد فى ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذى باعه الثوب فعل وينظر كم الثوب وفيه الحرق أو العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم وثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين فى الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ فى ثمن الثوب

فثبت له تلك القيمة فى الشركة فاما كان فى مسئلة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع الى الآخر قيمة ماله و يخرجه تشاركا عند الاباية بقيمة الصبغ وقيمة الثوب ولما كان فى مسئلة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع الى المشترى قيمة صبغه و يخرجه عنه لم تثبت للصبغ قيمة بانفراده وانما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لان للمبتاع أن يدفع اليه عوضه و يخرجه عنه وذلك ان المشترى ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصا عما اشتراه فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد اليه ثوبه ناقصا بالنقص الذى أحدث فيه بالصبغ ولم يرد اليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبغ وشاركه بما زاد الصبغ على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾ ش قوله ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما النحل العطية ومعنى نحلت أعطيت و يحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتيه فى جواز ذلك و يحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبى عن النعمان بن بشير أعطانى أبى عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله قال أعطيت سائر ولدك مثل هذا قال لا قال اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم قال فرجع فرد عطيته

(فصل) وقوله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا استفهام عن صفة هذا النحل اذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه فاستوصفه عن صفته ليعلم أمن المباح هذا أومن الممنوع ليبين له حكم القسمين أوليأمره بارتجاع الممنوع أوامضاء المباح فلما قال له بشير لا وبين انه لم ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أولم ينحلهم شيأ أونحل بعضهم دون بعض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه يريد ابطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول الى ملك الناحل و يحتمل أن يكون انما جوز ذلك صلى الله عليه وسلم لما علم ان الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها فلما كانت مكروهة غير شرعية وكانت على وجه يجوز ردها الا انها لم تفت بما تفوت به الهبات و يمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها وكذلك كل ما تمنعه الشريعة يرد ما لم يفت والى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين عنه و يحتمل أيضا وجها آخر وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله وقد اختلف قول مالك فى ذلك فروى ابن شهاب فى العتبية والموازية عن مالك فى الحديث الذى جاء فى الذى نحل ابنه عبدا له فقال النبى صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال فارتجعه قال مالك ان ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره فقلت له فان لم يكن له مال غيره أترده قال ان ذلك ليقال وقد قضى به

﴿ مالا يجوز من النحل ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد ابن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير انهما حدثاه عن النعمان بن بشير انه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

في المدنيـة وقال عنـه ابن القاسم في العتبية من تصـدق بماله كله على بعض ولده لا أراه جائزا وقال سحنون في العتبية اذا تصدق بكل ماله ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه ردت صدقته وان كان في ماله بقي ما يكفيه لم يرد وقال مالك في العتبية والموازية يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله في صحته وقد فعله أبو بكر الصديق وقال ابن القاسم من تصدق بماله كله على بعض ولده أكرهه فان فعل وحيزت عليه لم ترد بعـد وقال أصبغ وابن المواز لا يرد وجه القول الأول ظاهر الحـديث وانه نحل بعض ولده فأمره برده وقد حمـل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية فروى عنـه ابن مزين انه قال انما أمره رسول الله صلى الله عليه وسـلم باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ارتجعه وأهل العلم يرون ذلك جائزا في القضاء لان رسول الله صلى الله عليه وسـلم لم يفسخه وانما ندبه الى ذلك والى هذا ذهب القاضي أبو محمد انه يكره للانسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان ابن بشير وجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحـديث أبي بكر اذ قال لابنته عائشة اني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا قال والفرق بينهـما انه اذا وهب البعض لم يولد ذلك عـداوة لانه قد بقي ما يعطي الباقين واذا أعطى الـكل لم يبق ما يعطي الباقين فتثبت الأثرة وأدى ذلك الى العـداوة والبغضاء قال فان وقع ذلك وهب أحدهما الـكل نفذ وان كان مكروها خلافا لأحـمد بن حنبل وقد تقدم الـكلام في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا أعطى البعض على سبيل الايثار أنه مكروه وانما يجوز ذلك ويعرى من الـكراهية اذا أعطى البعض لوجه ما من جهـة يختص بها أحـدهم أو غرامة تلزمه أو خير يظهر منه فيخص بذلك خيرهم على مثله والله أعـلم فاذا قلنا بالرد فتأويل الحـديث ظاهر وهو من جهة المعنى قال بعض البغداديين من أصحابنا ان الانسان ممنوع من ماله لحق نفسه كما هو ممنوع منه لحق غيره فمنع من اتلافه لحق الوارث والزوج فبان يمنع منه لحق نفسه أولى وان قلنا بامضاء ذلك فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطيته الى العـدل بين ولده بان يعطيهم مثـل ما أعطاه ويحتمل أن يريد به انه لم يكن انعقدت العطية بعد وانما أرادها فلما عـلم بما فيها رجع عن امضائها ورد العطية الى بقائها على ملـكه ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية فأمره بنقض ذلك لأنه لا وصـية لوارث ويحتمل أن يكون كان أعطاها اياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من النفقة عليه لمدة ما ولم يعط سائر ولده مثـل ذلك لذلك الوجه ولا لغيره ايثارا له عليهم فلما أمره النبي صلى الله عليه وسـلم أن يعدل بينهم رد ذلك البيع ورأى في رده السداد لابنه والله أعـلم أي ذلك كان ويحتمل أن تـكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه ولا على ولده ولعله بعد كانت عليه نفقات تعلقت بذمته فيمنع ذلك العـدل بينهم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسـلم انها قالت ان أبا بكر الصـديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحـد أحب الي غنى بعـدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى قالت عائشـة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فمن الاخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية ﴾ ش قولها ان أبا بكر كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة الحديث يقتضي انه خصها بالنحلة دون سائر اخواتها ورأى ذلك جائزا له وان كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال لبشير في ما وهبه لابنه النعمان أكل ولدك نحلته مثل هـذا قال لا قال ارجعه فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت ان أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث وانما هما أخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته انما هي أسماء فمن الاخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية

في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التي قدمناها في تفسيره وان نحلته لعائشة رضي الله عنها لم تكن على شئ من ذلك وانما كان لفضل عائشة على سائر اخوتها ولذلك قال لها ليس أحد أحب الي غنى بعدي منك وفي العتبية عن مالك في الرجل يكون له الولد فيبره بعضهم فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره لا بأس بذلك

(فصل) وقوله من ماله بالغابة الغابة موضع وذلك يقتضي صحة الهبة وان لم يقترن بها قبض وانما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب قد وهبته لك وفي الصدقة قد تصدقت به عليك وقول الموهوب له أو المتصدق عليه قد قبلت وأن يؤخر القبض فيلزم ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة الا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقولها فلما حضرته الوفاة قال يا بنية والله ما من الناس أحب الي غنى بعدي منك يريد انه لما مرض مرضه الذي توفي منه وأحس من أسباب الموت ما تيقن به الوفاة قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس لها والاعلام لها بانه لا يمنعه من امضاء هبته لها عدم اشفاقه عليها ومحبته لها وانما منعه من ذلك ما يذكره بعد هذا وقوله أحب غنى بعدي منك يحتمل أن يريد بقوله بعدي ممن يخلفه بعد الموت ويحتمل أن يريد في حياته ويكون معنى بعدي غيري

(فصل) وقوله جاد عشرين وسقا من تمر قال عيسى بن دينار معناه جداد عشرين وسقا من تمر نخله اذا جد وقال ثابت قوله جاد عشرين وسقا يعني ان ذلك يجد منها ويصرم قال الأصمعي يقال هذه أرض جاد مائة وسق يريد أن ذلك يجد منها فعلى تفسير عيسى قوله جاد عشرين وسقا صفة للثمرة الموهوبة فتقديره وهبها عشرين وسقا مجدودة وعلى تفسير ثابت قوله جاد عشرين وسقا صفة للنخل التي وهب ثمرتها فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فلو كنت جددتيه واحتزتيه لكان لك يقتضي ان الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة وأنها ما لم تحز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة فان كانت هبة الثمرة على الكيل فان الحيازة لا تكون فيها الا بالكيل بعد الجد ولذلك قال لها لو كنت جددتيه وحزتيه وان كان وهبها ثمرة نخل معينة فالحيازة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشئ في صحته ثم مرض فقام المعطى يطلبه قال ابن المواز فيه اختلاف فروى ابن القاسم عن مالك ان قبضه الآن لا يجوز وان كان غير وارث واحتج بان أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض وقال أشهب يقضي له الآن بثلثها وان صح له بباقيها ولا أرى قول من قال تجوز كلها من الثلث ولا قول من أبطل جميعها وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيازة لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة لانه يؤدي الى ابطال حق الورثة فيتصدق الرجل بماله ويبقى بيده اذا توفي أخذ جميعه المتصدق عليه فمنع ذلك ما أوجبه الله من المواريث فوجب أن يبطل ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنعها الموت وفي ذلك بابان أحدهما ما يكون حيازة والثاني ما يمنع الحيازة فأما الحيازة فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه فان كانت حاضرة فلا تخلو أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالارضين والاصول الثابتة أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان فان كانت مما لا ينقل ولا يحول كالارضين فانها على ضربين أحدهما أن يكون من الارض التي لا عمل فيها

والثانى أن تكون من أرض المزارعة والعمل فأما الضرب الاول فقد قال أصبغ فى كتاب ابن حبيب الاشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة فكالدين والشئ المهمل ووجه ذلك انها عطية كمل فيها العقد اللازم وليست فى يد المعطى ولا فيما ينوب عن يده فلم تفتقر الى مباشرة القبض كالدين (مسئلة) وأما ان كانت من أرض الزراعة فلا يخلو أن تكون الهبة فى غير ابان العمل أو فى ابان العمل فان كانت فى غير ابان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة وفى كتاب الهبة ويشهد بتسليمها اليه وأتم من ذلك أن يقف بالبينة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة فى آخر أيام الحرث وأشهد على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم تحدث المرأة فيها حدثا ولا غيره ان كان لها عذر بين مثل ان يفجأ موته قبل ان يمكنها عمل أو اجناء شجر أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة فأشبهت ما لا يعمر من الارض (فرع) وهذا انما يكون حيازة فى مثل هذه الارض اذا فاتت حيازتها المختصة بها بموت الوارث أو مرضه مرض الموت فأما ان بقى الواهب حتى يجئ وقت عملها فلم يعملها الموهوب له ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب فان الهبة تبطل رواه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك ان ما لا ينقل ولا يحول فان الحيازة له بالعمل فيه اذا أمكن بالحيازة فى أرض العمل فيها فى ابانها فاذا جاء ابان عملها وترك الموهوب له العمل فيها فقد ترك حيازتها (فرع) فان تعرض الموهوب له للعمل فمنعه الواهب لم يبطل ذلك الحيازة قاله أصبغ لان الذى أمكنه من الحيازة التعرض للعمل وقد وجد منه فاذا منع من العمل مانع بيد غالبة فهو على هبته الا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعى فى التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف فلا يخلو أن يكون ضعيفا عن البقر والآلة مع التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره أو يكون يعجز عن وجوه العمل كلها فان كان اضعف فى الآلة مع التمكن من العمل بالكراء والاكتراء أو المساقاة أو الارفاق واحياء الشجر فالصدقة تبطل بالموت وأما ان عجز عن العمارة بكل وجه وتعرض لها بوجه من الوجوه المذكورة فلم يصل اليها فان الصدقة ماضية والاشهاد يجزى فى هذا الحوز ولو أقامت أعواما والموهوب له يعرضها على هذه الوجوه فلا يجد مع الاجتهاد فى ذلك فالحيازة بالاشهاد تامة روى معنى ذلك يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم وقاله أصبغ وزاد ما لم ينتفع بها المتصدق (مسئلة) ولو وهبه نخلا هبة مطلقة وفيها ثمر قد أبر فالثمرة للواهب كالبيع وحوز الموهوب له قبض النخل والسقى فى مال الواهب وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقيها العشر سنين فقد وهبها بعد عشر سنين فان مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز ووجه ذلك ان القبض شرط فى تمام الهبة فان مات قبل القبض بطلت الهبة وان أسلم اليه النخل يعمرها المعطى وتكون الثمرة للمعطى صح القبض وكملت الهبة والله أعلم (مسئلة) ومن وهب ما فى بطون غنمه أو أمته فحاز المعطى الأمهات حتى تضع فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح فيحوز الرقاب قاله ابن القاسم وكذلك صوف الغنم ولبنها قال أصبغ وان حازها المعطى فذلك نافذ ولدت بعد موت المعطى أو قبل ذلك وليس للوارث بيعها فى دين الميت ولا ادخالها فى القسم حتى تضع وقاله أشهب فى الصوف واللبن والثمرة قال وأما الأجنة فلا تتم الحيازة فيها الا بعد الولادة لان العتق فيه لا يجوز قبل الولادة وقد تباع أمة قبل ذلك فى الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع فان الثمر يرهن ولا يرهن

الجنين وجه قول ابن القاسم انه نماء حادث فى العين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل كالصوف والثمرة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه ان العتق أقوى من الهبة لانه مبنى على السراية فاذا لم يتعجل العتق فى الجنين قبل الولادة فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يهب للرجل ما تلد جاريته عشرين سنة ان ذلك جائز اذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرتها (مسئلة) وأما هبة ثمر النخل فتجوز قبل الابار وبعده ومعنى ذلك ان هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله وكذلك الحيازة اذا أسلم الرقبة وفى المدونة عن مالك فى الذى يهب ثمرة نخله عشرين سنة ان ذلك جائز ان حاز الموهوب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له وقد قال مالك فى المدونة يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة اذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها (فرع) فان كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعرى عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب فى العرية لا يصح حيازتها الا باجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره ويقبضها المعرى فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى بطل الاعراء وقال أشهب تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الابار أو تسليم العطية ومعنى ذلك ان المعرى انما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلا لا يقتضى اخراج الأصل عن يده ولا قبض الثمرة الا بعد بدو الصلاح ولذلك كان العمل على المعرى ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة لان عطيته لم تكن على هذا الوجه فان سلمها على قول ابن حبيب الى المعرى صحت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة لانها لم تتضمن عطية قبل وجودها فاذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيازة وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الابار لانه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندى حيازة فالخلاف بين أشهب وابن حبيب فى فصلين أحدهما ان عدم التأبير عند أشهب يمنع الحيازة وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع لأنه عنده نفس الثمرة وانما هذه حالة من أحوالها والوجه الثانى ان ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل ولم يشترط ذلك أشهب غير انه قد احتج لصحة ذلك بأن قال ان دخول المعطى وخروجه حيازة فرجع الأمر الى أن هنالك نوعا من القبض به تكون الحيازة وظاهر قول ابن حبيب أيضا انها تقتضى حيازة فيحتمل أن يجتزئ فى ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة ويحتمل أن لا ينفذ ذلك للمعرى الا بقبض الثمرة مع الأصل فى حيازة المعرى والله أعلم (مسئلة) وان كانت الهبة من الدور فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها فان كانت مما يسكنها فلا تصح فيها حيازة الا باخلاء الواهب لها اذا لم يكن فيها فضل عن سكناه قال مالك فى العتبية وان كانت الدار ذات منازل يسكن فى بعضها حيزت كلها قال وذلك ان عبد الله بن عمر وزيدا صاحبى النبى صلى الله عليه وسلم حبسا دارين لهما فسكنا فيها حتى ماتا ولم يكن ذلك جلهما لحاز ما سكنا وما لم يسكنا قال ابن القاسم ولو كانت دورا فسكن واحدة منها ليست جلها وهى تبع حاز منها ما سكن وما لم يسكن سواء كان المحبس عليه صغيرا فى حجره أو كبيرا حائزا لنفسه (مسئلة) ولو بقى فيها بأكراء أو ارفاق أو اعمار أو أى وجه كان فان عيسى روى عن ابن القاسم فى العتبية ذلك يمنع صحة الحيازة لانه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكنى الواهب لها الا أن تكون الواهبة زوجة الموهوب له فيتمادى على السكنى معها فيها روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فان ذلك لا يمنع صحة الحيازة ولو كان الزوج الواهب للزوجة فيتمادى على السكنى معها فيها لمنع ذلك صحة الحيازة لان سكناها على الزوج

دون الزوجة فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيدها وانما اليد للزوج في المسكن فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها ومثل هذا أن يخاف الواهب فيختفي عند الموهوب له في تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فيمرض فيها ويموت فان ذلك لا يبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم لان هذا ليس بسكنى في الحقيقة (مسئلة) فان رجع اليها على وجه السكنى با كتراء أو ارفاق فان كان رجع اليها بعد المدة القريبة مما يرى انه قصد الى أن لا يخرجه منها فاتفق أصحابنا على ابطال الصدقة وأما بعد طول المدة فالذي روى ابن المواز عن مالك وأصحابه انه اذا سكنها بعد ان حازها المعطى السنة فأكثر فان ذلك لا يبطل الهبة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا رجع اليها المعطى با كتراء أو اسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فان الصدقة تبطل وجه القول الأول ان المعطى اذا كان مالك أمره وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة فقد صحت الهبة وكملت فلا يضرها ما احدث بعد ذلك من سكنى المعطى ووجه قول ابن الماجشون ان رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى وموته فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك اذا كان الموهوب له صغيرا وأما ان كان الابن صغيرا فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب اليها قبل أن يكبر واو يحوزون لأنفسهم سنة فهي باطلة قال ابن المواز لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه ووجه ذلك ان الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يعد رجوعه اليها رجوعا في هبته والصغير لا يقدر على ذلك وليست حيازة الأب حيازة تامة لانه قد يطرأ الفساد فلذلك تبطل الهبة برجوع الأب اليها (مسئلة) فأما ان كان لا يسكنها الواهب فحكمها حكم الأرضين غير انها تختص بالغلق والقفل عليها فان فعل ذلك الحائز فيها فهو تمام الحيازة لها وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بدار فدفع مفتاحها اليه وبرىء منها ان تلك حيازة وان لم يسكنها المعطى ولا أسكنها وان لم يفعل ذلك فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالاشهاد خاصة وذلك عندي بما يتعلق بها من السكنى بالا كتراء أو الانتفاع الدائم بها ولو كانت مهملة غير مغلقة ولا ينتفع بها في كراء ولا غيره لرأيت ان حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في ابان زراعتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان وكل ماينقل ويحول فان الحيازة فيه بان يقبضه المعطى ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به فان كان ثوبا منع المعطى من لبسه وانفرد المعطى بلبسه وامساكه وان كان من المتاع الذي يستعمل والرقيق الذي يستخدم فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرد به ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادما أو متاعا من متاع البيت فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق على امرأته بخادم وهي معه في البيت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز وقال ابن المواز عن ابن عبد الحكم وابن القاسم عن مالك وكذلك متاع البيت وبه أقول وقال أشهب في الكتابين اذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندها كما كانت في خدمتها فهذا الى الضعف وما هو بالبين وكذلك لو وهبته هي خادمها ومتاعا في البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهو ضعيف وجه رواية ابن القاسم ان المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة لما كان له حظ من اليد في ذلك المكان وتصرفه فيما لا يلزم المعطى بخلاف الدار إن سكنت الزوجة فيها على الوجه الذي يلزم الزوج اسكانها عليه ووجه رواية أشهب ان الهبة على الصورة التي كانت عليها قبل العطية فلا يصح فيها حيازة الا بتغيرها عما كانت عليه بالنقل الى ماينفرد به المعطى

وخروجها عن يد المعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستخدام والاستعمال وأما ما يستعمل منفردا كالعبد يخارج ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة نحلت ابنا لها صغيرا عبدها وله مال فلم يحزه الأب ولا الولد حتى ماتت الأم ان ذلك يختلف فأما الغلام الذي هو للخراج فان ذلك ليس بحوز للصبي وأما الغلام الذي انما هو للخدمة فيخدمه يختلف معه ويقوم في حوائجه فانه حوز وكذلك لو غل أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافه معه وخدمته له حوزا قال مالك في العتبية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الأب فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم وابنه مما يكون معها في البيت فالاشهاد في كل ذلك حوز وأما العبد يخارج والدار تسكن والشجر وما هو بائن عنهما فلا بد أن يحوزه فيأخذ الخراج من العبد ويخرج السيد من الدار ويجني الشجر ونحو هذا وأما العروض فبالقبض واللباس والعارية ونحوهذا حوزها والافلا شئ لها وقال أصبغ الاشهاد حوز وان كان ذلك في يدها وان لم تعرف اللباس ولا العارية (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير ففي العتبية عن أصبغ ان تصدق عليه ببقر وغنم وعبيد فاحتلب الغنم واعتمل البقر واستخدم العبيد أمرا خفيفا أو أمرا ممزوجا مرة للضيف ومرة للابن ومرة لها فذلك جائز ويكون حيازة وصدقة تامة

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة حاضرة بيده والمعطى حاضرا فان كان المعطى والمعطى غائبين أو أحدهما غائبا فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو في يد غيره فان كانت في يده وكان المعطى والمعطى غائبين عن الهبة ففي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة أخرى فلم يقبضها حتى مات الابن ان كان صغيرا فذلك جائز له وان كان كبيرا فذلك باطل وان لم يفرط في الخروج وكذلك الأجنبي رواه ابن المواز عن مالك وقال أشهب ان أشهد ولم يفرط في القبض ولعله تهيأ للخروج أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب فهي جائزة وان فرط فذلك باطل ورواه أيضا ابن القاسم عن مالك وجه القول الاول أن للمعطى قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر ووجه القول الثاني ان الهبة قد وجد طرفاها من الايجاب والقبول ولم يوجد تفريطهما في قبضها يبطل حكمها فوجب أن تصح كالو أنفذها المعطى الى المعطى (فرع) فاذا قلنا انها تصح مع الاجتهاد وتبطل بالتفريط فجهل الأمر فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة انها على التفريط حتى يثبت الاجتهاد ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضي ابطال العطية وصورة المسئلة صورة ترك القبض فلا يعدل به عن ذلك الا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرجه عن مقتضاه وظاهره الى ما يقوم مقام القبض (مسئلة) وان كان المعطى غائبا فقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الكبير الغائب بعبد أو دار فمات الأب قبل الحيازة فذلك باطل وكذلك لو كان قريب الغيبة فمات الأب قبل القبض ونحوه وروى عيسى عن ابن القاسم وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته وليستا معه بعد فمات السيد قبل أن يقدم والعبد يخدمه انه ان أشهد على الانفاذ من يعرف المرأة أو الابنة فذلك نافذ وان أشهد هكذا من لا يعرفهما فلا أدري ما هذا وجه القول الاول ما قدمناه من ان موت الواهب قبل القبض مبطل الهبة أصل ذلك الحاضر ويقوي ذلك عدم القبول ووجه الرواية الثانية ان الاشهاد بانفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من حيازة الهبة (فرع) ومثل ذلك ما يشتري به الرجل في الحج من الهدايا ويحمله معه أو يبعثه من صلة أو هدية الى غائب فيموت المعطي أو المعطى قبل وصول ذلك فانه ان أشهد بذلك فهي للمعطى

وان لم يشهد بذلك ففى المدونة من مات منهما رجعت الى ورثة المعطى وفى كتاب ابن حبيب من مات منهما رجعت الى ورثة الميت فمعنى مافى كتاب ابن حبيب أنه ان مات المعطى بطلت الهدية فرجعت الى ورثته وان مات المعطى صحت الهدية فكانت لورثته ومافى المدونة فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز مثله مفسرا ان من مات منهما فلا حق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية وان كان المهدى حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهاد يقوم مقام الحيازة فقد قال أشهب عن مالك لا يكفى فى ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أوغيرهم حتى يشهدهم والذى يجزى من الاشهاد قال محمد ذلك انه اذا قال اشهدوا على فهذا اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال لرسولين ادفعا ذلك الى فلان فانى وهبته ذلك فهى شهادة وان لم يذكر فانى وهبته فليس بشئ وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لا يتم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك اشهادا أو يصل ذلك الى المعطى فى حياة المعطى وجه القول الاول انه اذا سمعا منه ما يقتضى تبتيلها فان ذلك يقوم مقام الاشهاد بها فى الاتيان بأكثر ما يمكن من تبتيلها فقوله انى قد وهبته اياها مع أمر الحاملين بايصالها الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها ووجه القول الثانى أنه لا يجزى الا القصد الى الاشهاد به الا ان ذلك أكثر ما يمكن أن يفعل فى أمرها فأما اذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت اليه فى حياة المعطى فهى له وأما بعد موته فانه لا يكون ذلك حيازة لانه لم يوجد القصد الى ذلك من المعطى ولا قبضت فى حياته (مسئلة) وان كانت الهبة بغير يد المعطى فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن تصدق بعبده الآبق على رجل فطلبه المعطى واجتهد فلم يجده الا بعد موت المعطى قال هو نافذ له لانه لم يكن ذلك بيد المعطى فالاشهاد فيه وطلب المعطى له حوز كالدين (مسئلة) ومن كان له عند رجل وديعة فقال اشهدوا أنى قد تصدقت بها على فلان ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل القبض فان علم الذى هو عنده فذلك حيازة وان لم يعلم بطلت الصدقة لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى فلو دفعها بعد ذلك الى المعطى ضمنها رواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بمائة دينار وكتب الى وكيله يدفعها اليه فاعطاه الوكيل خمسين ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية لا شئ له غير ما قبض لان وكيله بمنزلته رواه ابن حبيب عن مطرف وأصبغ والفرق بين الوكيل والمودع ان الوكيل مأمور بالدفع فهو فيه نائب عن المعطى والمودع ليس بمأمور بذلك وانما هو مأمور بحفظ الوديعة فاذا علم أنها قد صارت للمعطى صار حافظا لها وصارت يده يده قال ابن المواز فى الوديعة اذا جمع بينهما وأشهد صحت قال وكذلك لو قال له المعطى دعها الى بيدك ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى فيكون قابضا له وحافظا لما أعطى بأمره فتصح بذلك الحيازة (مسئلة) ومن أعطى رجلا غلة كرمه سنين أو أسكنه داره ثم تصدق بالرقبة على ابنه الصغير قال سحنون فى العتبية ذلك جائز والصدقة للابن وان لم يشهد بأنه جعل للساكن الحيازة لابنه ولو أشهد بذلك لكان حسنا قال وأحب الى أن لو كان ذلك فى فور واحد لان أصحابنا اختلفوا فيها وهو جائز وان لم يكن فى فور واحد وبهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب عنهم وروى عن ابن الماجشون انه ان كان ذلك فى فور واحد فهو حيازة لمن أعطى الرقبة وان كان أسكن ثم أعطى الرقبة فان رجعت الرقبة والمعطى حى فهى للمعطى وان مات المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة فلا شئ للمعطى قال وكذلك من أخدم رجلا عبدا ثم

بتل رقبته للآخر وجه القول الاول ان يد الساكن ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما لو كان الاسكان والعطية فى فور واحد ووجه القول الثانى ان الساكن لما انفردت عطيته وتقدمت وحاز لنفسه لم يكن حائزا لغيره كالمعطى (مسئلة) ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو اجارة فقول المعطى قبلت حيازة وان كانت الهبة بغير ذلك البلد وأما اذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز ذلك نافذ اذا أشهد وقال ابن القاسم انما ذلك اذا كانت بيد رجل يحسن بريد حياته أو عارية فيجوز للمعطى وان مات المعطى وأما فى الاجارة والرهن فلا يكون حوزا الا أن يشترط أن الاجارة له مع الرقبة فيجوز ذلك قال محمد وقول ابن القاسم أصوب ووجه القول الاول ان المستأجر قابض لنفسه فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار ووجه القول الثانى ان المعطى يأخذ عوض المنافع فى الاجارة فصارت يد المستأجر يده وذلك يمنع صحة الحيازة (مسئلة) ولو وهبه ما بيد غاصبه لم تكن حيازة الغاصب له حيازة رواه محمد عن ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن أصبغ وقال أشهب ذلك قبض وحيازة للمعطى قال محمد وهو أحسن لان الغاصب ضامن فهو كدين عليه يجوز بالاشهاد ووجه قول ابن القاسم ان يد الغاصب يد مانعة للمعطى فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه انها ليست بيد للمعطى واذا استوت يد المعطى والمعطى صحت حيازة المعطى كالارض المبورة والدين (مسئلة) ولو وهبته دينا لك على غريم لك غائب فدفعت اليه ذلك الحق وان لم يكن له ذكر حق فأشهدت وقبل المعطى جاز لان الدين هكذا يقبض لانه ليس بشئ معين قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك وقال أشهب لان الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا ولو قال لا أرضى لم يكن له ذلك (مسئلة) ولو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب قال ابن القاسم القياس أن تبطل وقال أشهب بل هى حيازة جائزة الا أن يقول لا أقبل قال محمد وهو أحب الى وذلك ان العطية بيد المعطى فتأخر القبول لا يمنع صحتها قال وذلك بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات المعطى فهى ماضية ان رضيها وله ردها بمنزلة من بعث بهبة الى رجل فأشهد فلم يصل اليه حتى مات المعطى فله أن يقبلها فتكون من رأس المال فله ردها ووجه ما قاله ابن القاسم ان الهبة يمنع صحتها عدم القبض فبأن يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى

(فصل) ومعنى القبض أن يقبض المعطى العطية وتصير فى يده وان كان ذلك بغير علم المعطى ولا اذنه فات المعطى قبل أن يعلم ورضى فذلك حوز عند ابن المواز قال لانه لو منعه قضى عليه بذلك ووجه ذلك ان القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه فصح بغير اذنه كما لو امتنع من ذلك فقضى به عليه (فرع) ولو مات المعطى وعليه دين فقام غريمه فحازه والمعطى غائب فبقيت بيده حتى مات المعطى فتلك حيازة تامة حازها بسلطان أو بغيره رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته وهى ذات زوج بمسكن فخزن فيه الزوج طعاما حتى مات الاب ان ذلك حيازة لابنته مع أن الاب انما سلم ذلك اليه ليحوز لابنته قال أصبغ لا يكون ذلك حيازة لها الا أن توكله ورواه ابن القاسم وجه القول الاول ما قدمناه أن الهبة لم تبق بيد الواهب بل هى على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين ووجه قول أصبغ انها هبة لم يقبضها المعطى ولا من ينوب عنه فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا فى عدة مسائل والله

أعلم (مسئلة) ومن تصدق بدار ثم أنكر ذلك فخاصمه المعطى وأثبت ببينة فحكم له بها فلم يقبضها حتى مات المعطى فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى ومات قبل أن يقبضها المعطى وقال أصبغ ومطرف هو حوز كما لو أقام البائع بطلب سلعته فى التفليس وتقوم بينة فيموت المفلس قبل الحكم انه يقضى له بها وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أن المفلس لا يقبل اقراره لخصمه وأما بينة المعطى فانها بينت اقرار المعطى ووجه قول مطرف ان منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها ليس بأبين من انفاذه لها فيموت قبل أن تصل الى المعطى وذلك لا يمنع الحيازة فمنعه اياها عذر يصح معه الحيازة وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض والذى بعث اليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب وقد قضى بحيازته لعذر المسافة ففى مسئلتنا أولى وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم اذا وقف الامام العطية حتى ينظر فى حجتها فانه يقضى له بها كما لو قام فى الفلس فى سلعته فلم يقض له بها حتى مات المفلس فقد قال مالك البائع أحق بها وقال أشهب أما ادخال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته وأما ان لم يكن الواهب منع منها المعطى فلم يطلبها فهى باطل (مسئلة) ولو باع المعطى الهبة فلم يقبضها المشترى حتى مات المعطى قال مطرف وابن الماجشون البيع حيازة رواه ابن وهب عن مالك وقال أصبغ ليس البيع بحيازة ولا غير ذلك الا العتق وحده وجه قول الجمهور ان البيع اخراج عن الملك فأغنى عن الحيازة كالعتق ووجه قول أصبغ ان العتق مبنى على التغليب والسراية ويؤثر فى غير ملكه وذلك اذا أعتق حصة من عبد فانه يعتق عليه سائره وليس كذلك البيع فانه لا يسرى الى غير ملكه فلم يغن عن الحيازة (مسئلة) ولو وهبه المعطى ثم مات المعطى فقد روى ابن وهب عن مالك ان الهبة حوز وبه قال مطرف وقال ابن القاسم وابن الماجشون ان الهبة لا تكون حيازة لانها محتاجة الى حيازة وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيازة فى نفسها فلم يغن عنها غيرها من الهبات (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد قال أشهب اذا وهبه المعطى لآخر فمات المعطى قبل أن يحوزه فهو له اذا وجده بعد موت السيد أو الواهب الأول واذا قلنا بقول ابن القاسم فلم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول فلا شئ له

(باب فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية)

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ماذكرناه من الحيازة أو يفلس أو يمرض مرض موته فاذا مرض توقف عن انفاذ الهبة فان مات من مرضه قضى له بابطالها وان صح كان حكمه حكم من لم يمرض فى صحة عطيته وابطالها ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه وقد بلغ من مرضه مبلغا تيقن الموت منه فلو كنت جددتيه واحترتيه كان ذلك وانما هو اليوم مال وارث (فرع) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الهبة للواحد يبطل جميعها أو يصح جميعها فمن تصدق على ولده الصغير وولده الكبير أو أجنبى فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب فقد روى ابن القاسم عن مالك تبطل حصة الصغار وحصة الكبار قال ابن القاسم لا يعرف انفاذ الحبس للصغار الا بحيازة الكبار وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك نصيب الصغير جائز ويبطل نصيب الكبير بخلاف الحبس فانه يبطل الجميع وجه رواية ابن القاسم ان الخلاف فى هذه المسئلة مبنى على الخلاف فى هبة الجزء المشاع ويحتمل أيضا أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية فاذا بطل بعضها لعدم الحيازة بطل جميعها كالحبس ووجه

الرواية الثانية فى الفرق بين الصدقة والهبة والحبس ان الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة فجاز أن يبطل بعضها ويصح بعضها والحبس ينافى القسمة لان الرقبة باقية على ملك المحبس وانما تقسم الغلة فاذا بطل بعض الحبس لعدم الحيازة بطل جميعه (مسئلة) وأما ذهاب العقل ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى امرأة تصدقت بعبد أو بدنانير فى صحتها فلم يحزعنها حتى ذهب عقلها انها باطلة كالموت والتفليس ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة فان برئت من ذلك فهى على صدقتها وان اتصل ذلك بموتها بطلت الصدقة بموتها وقد يروى هذا اللفظ وانما يريدون به معنى الحيازة وكذلك روى عنه أصبغ فى العتبية انه اذا مرض المتصدق قبل الحوز فقد بطلت وانما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت ولو صح من مرضه لكان على صدقته (مسئلة) وأما المفلس فاذا حجر عليه قبل حيازة العطية بطلت قال أصبغ فى العتبية ان كانت قيمة العبد أكثر من الدين ان بيع جميعه وان بيع منه بقدر الدين قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبعيض بيع جميعه فيقضى منه الدين ويعطى ما بقى للتصدق ولا شئ فيه للمتصدق عليه لان الغرماء لما استحقوه من يده فبيع لهم فى دينهم بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق (مسئلة) وهذا حكم عدم الحيازة فأما اذا حاز العبد وقد كان تداين دينا يحيط بماله قبل العطية فان ذلك يمنع العطية قبضت أو لم تقبض لانه ليس له أن يعطى مال غيره وأما ان ادان بعد العطية وقبل الحيازة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة قال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وان لم يقبض وانما يراعى فى ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة وانما يراعى فى ذلك مطرف وابن الماجشون يوم الحيازة لا يوم العطية (فرع) فاذا قلنا بمراعاة الصدقة فقد قال أصبغ اذا تقدم له الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها فالصدقة المقبوضة أولى وان كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف خلاف ذلك بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم ولم يدر استغل لنفسه أو لهم فان الصدقة ماضية حتى يعلم انه انما كان يستغلها لنفسه دونهم وقال ابن القاسم من رواية أبى زيد عنه فى الصدقة المقبوضة عنه لا يدرى الدين قبلها أو بعدها الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة ولو كان الأب حاز لابنه الصغير لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله ونحوه لابن القاسم فى المدونة (مسئلة) ومن تصدق بشئ أو وهبه فلم يحزعنه حتى باعه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب ان البيع أولى وتبطل الصدقة قال ابن المواز اضطرب فيها قول ابن القاسم فروى عنه أبو زيد يرد البيع ويأخذ المعطى صدقته وكذلك الهبة وفى المدونة لابن القاسم عن مالك اذا علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها المتصدق نفذ البيع والثمن للمتصدق عليه وان لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة فالبيع مردود ما دام المتصدق حيا فان مات المتصدق قبل أن يعلم فلا شئ له والبيع ماض وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى لأن عقده حيازة يضمن به المبيع وان لم يقبض ووجه القول الثانى ان كلا العقدين يقتضى التمليك فكان أسبقهما أولى كالبيعتين (فرع) فان قلنا ان البيع يبطل فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انما ذلك اذا كان العطاء لمعين يقضى له به فان كان لغير معين مثل أن يجعل داره فى سبيل الله ثم يبيعها لم أفسخ البيع لانه لا يقضى عليه بها وان قلنا ان البيع ينفذ فقد قال أشهب تبطل الصدقة ولا شئ للمعطى من الثمن وقال ابن عبد الحكم الثمن للبائع لا شك فيه وروى ابن حبيب عن مطرف ان كان المعطى حاضرا فلم يقم حين علم بالبيع فلا سبيل له الى رده وله الثمن على المعطى فان مات المعطى

قبل أن يأخذ منه الثمن فلا شئ عليه فأما القول الاول فبنى على ما نص عليه أشهب من ان الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قد منع من الحيازة وأما القول الثانى فبنى على ان الصدقة صحيحة فان قام المعطى على اثر ذلك ولم يقر بابطال البيع لكون العطية ملكا له وان ترك ذلك كان كمن بيع ملكه وهو عالم فلم ينكر فله الثمن الا انه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيازة فان قبضه قبل فوات الحيازة بموت المعطى كملت العطية والا بطلت ولذلك قال مطرف انه لو كان المعطى غائبا فقدم فى حياة المعطى كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقد روى ابن حبيب والعتبى مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل ان يقبضها الاول فان حازها الثانى فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الاول أولى وتنزع من الثانى قال ابن المواز ليس هذا بشئ والحائز أولى وهو قول المغيرة فى المدونة وجه القول الاول أن المالك الاول أحق به ووجه القول الثانى ان الهبة الثانية لما قويت بالحيازة صارت كالبيع فتى قدم البيع على الهبة لزمه مثل ذلك فى الهبة الثانية اذا قارنتها الحيازة واذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال أصبغ فى العتبية ان كان المتصدق عليه علم بالصدقة فلا شئ له وان كان لم يعلم أو علم ولم يفرط وندم المتصدق ففاجأه بان تصدق بها على غيره فالاول أحق بها ان أدركها قائمة وان فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها وان فاتت (مسئلة) وان كانت الهبة عبدا أو أمة فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والاستيلاد ولا شئ للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب يرد العتق واذا حملت منه الامة فعليه القيمة وجه القول الاول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية ووجه قول ابن وهب ان الهبة تقتضى التمليك فلا يصح فيها عتق المالك كالبيع وعليه فى الامة القيمة لشبهة عدم القبض (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه الى أجل فقد قال أصبغ لا يرد شئ من ذلك ولا شئ للمعطى فى خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته وان عجز قال أصبغ عن ابن القاسم ولو قتلها رجل فالقيمة للموهوب له ومعنى ذلك ان قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع فى الهبة وأما العتق وما كان فى معناه فانه رجوع فى الهبة ومبطل لها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان كان المعطى رهن العطية قبل القبض فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه ثم رهنه فانه يبطل الرهن ويثبت الحبس ووجه ذلك ما تقدم (فرع) وهذا كله فيما أحدثه الواهب فى الهبة قبل القبض فأما ما أحدثه فى الهبة لابنه الصغير فى حجره فبقيت فى يده ثم باعها فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى رجل تصدق بثلثى غنم معينة على ابنه الصغير وثلثه صدقة فى سبيل الله فبقيت فى يده زمانا ثم عدا عليها فباعها ثم مات والابن صغير ان صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله ولا شئ للسيد لأن حظه لم يخرج من يده حتى مات

(فصل) وقوله وانما هو اليوم مال وارث يريد ان حق الوارث قد تعلق به فيمنع ذلك الحيازة كما تمنع الحيازة تعلق حق الغرماء بمال المفلس ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تيقن الوفاة ويحتمل أن يكون قاله توقفا لها وذلك يمنع الحيازة أيضا على وجه التوقيف فيها لأنها مترقبة ممن حاز فى ذلك الوقت فان صح صحت افاقته الحيازة

(فصل) قال وانما هو أخواك وأختاك هكذا ورد هذا الحديث ان ورثته من ذكر وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس وزوجه بنت خارجة وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر ومات بعده فى خلافة عمر بن الخطاب الا انه روى انه رد سدسه على ولد أبى بكر ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته

ويحتمل أن يريد انما يرثني بالبنوة أنت وأخواك وأختاك يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية انما هم اخوتك على معنى التسلية لها عما صار الى غيرها من ذلك بان من يصير اليهم ذلك ممن يسرك غناهم فقالت لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن تريد لتركته اذا لم أستحقه ويحتمل أن تريد لتركته وان كان لي ممن ذكرته ممن أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه

(فصل) وقولها وانما هي أسماء فمن الاخرى لما لم تعلم لنفسها أختا غير أسماء فقال لها ذو بطن بنت خارجة يريد ان حمله يوجد ويقال ان امها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي يعتقد فيها انها جارية قال ابن مزين قال بعض فقهائنا وذلك لرؤيا رآها أبو بكر تأول فيها ذلك وهذا لا يمتنع فولدت بنت خارجة بنتا سميت أم كلثوم والله أعلم ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة﴾ ش قوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها الحديث يقتضي ان اخراج العطية من يد الاب الناحل هو الواجب أو الافضل فان كان الابن بالغا مالكا لأمر نفسه فحكمه حكم الأجنبي على ما تقدم وان كان صغيرا فان من العطايا ما لا يصح الا باخراج الاب العطية من يده الى يد من يحوزها له ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الاب الا أن اخراجها عن يد الاب الى يد غيره أفضل وأبين في صحة الحيازة فاذا ثبت ذلك فان العطايا على ضربين منها ما لا يتعين كالدنانير والدراهم ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب فأما الدنانير والدراهم فانها ان بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها يتصرف فيها لابنه الصغير فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه ان مات الاب وهي على ذلك فالعطية باطلة وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة ففي العتبية عن مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا متعينة بالاشارة اليها ولا يصح أن يعرف أعيانها اذا أفردت من غيرها ولم يختلف أصحابنا في ذلك اذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره (فرع) وأما اذا ختم عليها وأمسكها عنده فقد روى عن مالك أنها تبطل زاد ابن المواز وان ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون وروى عنه أن العطية ماضية وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون قال مطرف اذا ختم عليها بحضرة الشهود وان لم يختم عليها الشهود وجه القول الاول انها مما يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي كالتي لم يختم عليها ووجه القول الثاني انها تتعين بالعقد فاذا تميزت بالختم عليها صحت الحيازة فيها (فرع) فأما اذا وهبه دنانير فوضعها على يد رجل يحوزها له فحدث للرجل سفر ومات فقبضها الاب فمات فقد روى عيسى عن ابن القاسم انها ماضية لأنها حيزت مدة فلا يبالي قبضها الاب بعد ذلك أو لم يقبضها كالدار يتصدق بها على ولده فيحوزها عنه سنة وفي كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار وجعلها له على يد غيره ثم تسلفها فمات فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه دينا ثم قبضه الأب فظاهر هذه المسئلة ان قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك لانه علل امضاء الهبة بانها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار تحاز سنة ثم رجع الواهب الى سكناها فالظاهر ان الواهب لو تسلفها بعد ان حيزت عنه نفذت الهبة غير انه انما نص على القبض في مسئلة السفر وان ذلك ان كان لعذر السكنى جائز ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض وذكر في مسئلة الدين قبض الأب للدين ولم يذكر تسلفه له

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة

ولا انتفاعه به الا أنه لما شبه مسئلة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه لا تبطل الحيازة واقتضى ذلك على مذهب مالك ان قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبي لا يبطل الحيازة وانما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه اياها والله أعلم وأحكم وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناله على رجل فقبضه الأب ومات وهو بيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثانى ان حيازة الأب لابنه الصغير فيها ضعف وكذلك الغائب عنه وانما تختص حيازة النائب عنه بان الهبة تتعين بقبضه وان كانت مما لا يتعين فاذا استرجعها الأب من يده وصرفها فى منفعته بطلت الهبة ولو تسلفها من الكبير بعد أن تم حيازتها لم تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل من يحوز لهم فحاز ذلك الاب ثم مات الأب فوجدت عنده فان ذلك يبطل قال مطرف الا أن يشهد الأب انه رد حيازتها اليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك الا أن يكون حدث فى من كان يحوزها سفه فانه يجوز ذلك اذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم انه يشترط الاشهاد فى ان قبضها للحفظ للابن وقول ابن الماجشون كذلك الا انه يشترط الاشهاد ضرورة الاختلها من الحائز بسفهه وتتفق أقوالهم على أن لحيازة الأجنبي تأثيرا فى صحة الحيازة والله أعلم (مسئلة) وأما الحنطة والشعير وما يكال أو يوزن فقد روى القاضى أبو محمد فى معونته من قبض لابنه الصغير ما فى يده وحازله من نفسه جاز اذا كان شيأ معينا ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون الا أن يضعه بيد غيره ويشهد عليه فان أمسكها بيده لم تصح وقال أبو حنيفة يصح قبضه له وان كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك ان الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه ولا يمكن أن يعرف عينه فلا يعلم ان كان ما وجد هو الذى كان وهبه أو غيره (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال الشيخ أبو بكر يجوز أن يحوزها الأب اذا وضعها فى شئ وختم عليها وأشهد عليها الا انها حينئذ تتميز ويمكن الاشهاد عليها ويكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه وهذا على قول المدنيين فى حيازة الدنانير والدراهم ظاهر وأما على قول المصريين فيحتمل أن يقول مثل ذلك فى كل مكيل أو موزون أو معدود ويحتمل أن يفرق بينهما بان الدنانير لا تتعين بالعقد وهذا متفق على انها تتعين بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار فلم يخرج منها حتى باعها ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشترى فقد روى ابن حبيب عن أصبغ الصدقة جائزة والثمن للولد لانه انما مات فى دار المشترى وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البينة انه باعها لنفسه استرجاعا له فيها فان عثر على ذلك فى حياته رد البيع ورجعت الدار للولد وان لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ونفذ البيع وسواء مات فيها أو قبضها المشترى وأما لو خرج منها بعد الصدقة ثم باعها فسواء باعها لنفسه استرجاعا أو على غير ذلك فالبيع مردود للولد مات الأب أو لم يمت ويرجع المشترى بالثمن فى تركة الأب ولا شئ على الابن وان لم يترك الاب شيأ وذلك يقتضى انه لو لم يكن ساكنا فيها وأشهد على احتيازها لابنه ثم باعها باسم الاسترجاع انه بمنزلة الذى باع بعد أن أخلاها من سكناه وقد قال ابن القاسم فى العتبية فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات فلم يعلم انه كان يكريها للابن باسمه أو باسم نفسه فذلك للابن وكذلك لو أكراها ولم يقل أكريت لابنى وان لم يخرج ذلك الى أحد غيره يحوزه لابنه وقاله مالك وأنكر قول من يقول لا يجوز ذلك اذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة وقال هذا خلاف سنة المسلمين (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بشاة أو شاة من غنمه ولم يعينها فعن مالك فى ذلك روايتان ففى الموازية والعتبية عن مالك ان لم يسم الغنم
أو يصفها بما تعرف بأعيانها وأهل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل لم يجز ذلك
و به قال ابن القاسم ومطرف وفى كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر
عدة من غنمه أو خيله وترك ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد فى العتبية هو وأصحابه قال ابن حبيب
و بهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار واستثنى ابن الماجشون
العين والمسكن والملبوس فانه يبطل يريد اذا لبسه أو سكنه وجه القول الأول انه اذا لم يعينها فانه لا يصح
حيازتها لابنه لانه انما يتصرف لنفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقى بيد الراهن لم تصح
الحيازة فيه ووجه القول الثانى ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العطية والرهن انه يحوز الأب
لابنه الصغير العطية ولا يجوز أن يحوز له ما وهب له اياه (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير أو
وهبه نصف غنمه أو نصف عبيده أو داره مشاعا قال القاضى أبو محمد فيها روايتان احداهما الجواز
والأخرى الابطال ومعنى ذلك ان من تصدق بجزء من ذلك وترك باقيها لنفسه أو جعل الباقى للسبيل
فحاز ذلك الأب حتى مات ففى كتاب محمد والعتبية ما كان للابن فهو نافذ ويبطل ما كان للسبيل
رواه أصبغ عن ابن القاسم ورواه أشهب فى الموازية عن مالك وقال أصبغ أرى أن يبطل كله فى
المسئلتين جميعا ولا شئ للابن ولا للسبيل وجه القول الأول ان قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح فى
المعين المفرد المتميز ويبطل مال ابن السبيل لانه لا يحوز لهم ووجه القول الثانى ان قبضه الجزء المشاع
لابنه وباقيه له أو راجع اليه لا يصح لانه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما أبقاه على ملكه كما لو وهبه عدة من جملة
دراهم فانه لا يكون اشهاده بالحيازة لابنه حيازة وقد رأيت معناه للقاضى أبى محمد والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهبه الا الأب أو الوصى أو السلطان أو من يليه فأما غير
هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم فلا يحوز له ما وهبه يتيما كان أو ذا أب رواه أشهب عن مالك و به قال
ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما
وهبته أو وهبه له أجنبى وكذلك من ولى صبيا على وجه الحسبة من الأجنبى أو من قريب فحيازته له
جائزة فيما وهبه له هو أو غيره وان كانوا انما ابتدؤا ولايته من يوم الصدقة فذلك باطل وقاله ابن نافع
وأصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب فيمن تصدق على يتيم له أو صغير فى حجره هل يحوز له
فقال لا يحوز له الا الأب أو وصى الأب أو الأم وان لم تكن وصية والاجداد كالأب فى عدمه والجدات
كالأم اذا كان فى حجر آخر من هؤلاء وأما غيرهم فلا يحوز له الا أن يبرأ منهم الى رجل يليه وجه
قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلى المال بنفسه ولا قدمه من يليه بنفسه فلم تصح حيازته كابن العم
ووجه قول ابن الماجشون ان هذا قد تقدمت له ولاية ونظر فصحت حيازته له وليس كل أحد يوصى
على ولده ولا كل أحد يستطيع ان يصل خبره الى السلطان فيليه أو يولى عليه فمن كان وليه غيره على
وجه الحسبة أو القرابة فى حكم الوصى ووجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه
ويحوز له كالأب الا ان بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه (فرع) اذا قلنا ان الوصى يحوز على يتيمه
ما أعطاه فقد قال أبو عبد الله بن العطار انما ذلك اذا كان مفرد النظر فان شاركه غيره لم يجز له ذلك
وليخرجها الى شريكه أو الى غيره قال وقيل ان حيازته تامة

(باب فى الذين يحاز عليهم)

والذى يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه واسم اليتيم ينطلق على جميعهم وقد نص عليه

شيوخنا وقاله أبو عبد الله بن العطار وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج فأما الصغير فان حد الصغر يذكر في الجنايات ان شاء الله تعالى ولم يختلف في الصغير انه اذا بلغ لم يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده قاله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع اليه ماله بنفس البلوغ والدليل على ذلك قول الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فجعل تعالى إيناس الرشد شرطا في دفع المال اليهم بعد البلوغ ومن جهة المعنى ان الصغير انما يخاف عليه افساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ فاذا روعي البلوغ فبان يراعى الرشد أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر مالم تعنس فان عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يجوز لها أبوها وان عنست وقال أيضا الا أن تكون عنست ورضيت وجه القول الاول انها بكر ذات أب فلزمها حجره كالتي لم تعنس ووجه الرواية الثانية انها بالغة رشيدة خبيرة بمصالحها فزال عنها الحجر كالثيب (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن عبد الحكم في الموازية يجوز لها مالم تبلغ التعنيس الكثير فاذا بلغت الخمسين والستين فهذه تحوز لنفسها ولا شئ لها الا أن تحوز لنفسها وهي كالتي تلي مالها ولا يزوجها أبوها الا برضاها فان زوجها بغير رضاها لم أفسخه وروى ابن القاسم عن مالك تجوز حيازته عليها وان رضي حالها وجاوزت الثلاثين قال ابن القاسم مالم تعنس جدا فتبلغ الستين ونحوها فهذه ان لم تحز لنفسها فلا شئ لها ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير وهو بلوغ الخمسين والستين وانما وقع الاختلاف بينهم في ظاهر الأمر في التعنيس الاول بسن الثلاثين وبما زاد عليها الزيادة القريبة لان هذه لم تبرز بعد البروز التام وقال في المدونة ابن القاسم اذا عنست في بيت والدها لم يكن له أن يرد هبتها ولا عتقها ولم يجد وقال عن مالك لا يجوز فعلها وقال في المدونة أشهب عن مالك التي بلغت أربعين سنة وخمسين سنة اذا رضي حالها جاز فعلها قال محمد وذلك عندنا في التي لا أب لها ولا وصي ولا ولي من السلطان فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد الا التي بلغت الستين لانها نهاية التعنيس وابتداء الشيخوخة والله أعلم (مسئلة) وأما السفيه فهو الذي لا معرفة له بحفظ ماله ووجه اصلاحه وهل يراعى في ذلك أن يكون معه فسق في دينه أم لا قال أشهب لا ينظر الى سفهه في دينه اذا كان لا يخدع في ماله وبه قال ابن القاسم وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المولى عليه لا يدفع اليه ماله حتى يحكم له بالرشد في الحال والمآل وهذا عندنا في ازالة الحجر عنه وأما في رده الى الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصري ووجه قول أشهب ان الصلاح في الدين معنى لا يراعى في الحجر عليه فلم يراع في حفظه كحفظ القرآن ووجه قول ابن الماجشون ان الصلاح في الدين أولى بالاعتبار وبه يعلم اصلاحه للمال (مسئلة) وأما أم الولد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في أم الولد يتصدق عليها سيدها ما حالها في الحيازة حال الحرة قال أبو عبد الله بن العطار ويحوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها لما في كتاب الحبس والصدقة من المدونة ان الرجل يحوز عطيته لمن يلي أمره ويحوز عليه قضاؤه يريد ان قضاء السيد يجوز على أم الولد في مالها فكانت ممن يحوز عليها

(فصل) وقوله فان مات ابن أحدهم قال مالي يعني لم أعط أحدا يريد انه يمنع منه ورثة الابن وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته اياه فوعظ عمر ونهى عن مثل هذا وأعلم انه لا يحل لفاعله وانه اذا أعطى ابنه عطية ثم مات لم يحل له أن ينفرد بها ويقول هذا مالي وربما حجر الاعطاء وأخفى وثيقة

العطية ولا يحل أيضا أن يعطيه عطاء لم يبتله له ثم يدرك الموت الأب فيعريه عن بعض ورثته ويقول قد كنت وهبته لابنى وهو لم يبتل تلك الهبة ثم قال رضى الله عنه من نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها حتى تكون لورثته فهى باطل وظاهر هذا اللفظ يقتضى انه كان المنحول كبيرا يحوز لنفسه وأما الصغير فقد بينا انه قد يحوز له غيره وقد يحوز للكبير غيره على ماقدمناذكره وانما أراد بذلك عمر ابن الخطاب أن يحوز لنفسه أو يحوزله من يقوم مقامه فى ذلك بتوكيل أو وجه سائغ فى الشرع والله أعلم

﴿ مالا يجوز من العطية ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذى أعطيها الا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذى أعطيها قال وان أراد المعطى امساكها بعد ان أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها ﴾ ش وهذا كما قال ان من أعطى عطية لا يريد بها الثواب ولا العوض وانما يبتلها للمعطى دون عوض وأشهد عليها فانها بالاشهاد تثبت للمعطى فليس للمعطى الرجوع فيها لان الهبة تلزم بالقول خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان الصدقة والهبة عقد جائز وانما تلزم بالقبض والدليل على مانقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والدليل على مانقوله من جهة السنة ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد فلم يفتقر لزومه الى قبض المعقود عليه كسائر العقود (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه على ضربين ضرب لا يقضى به وضرب يقضى به فاما ما لا يقضى به فما كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه اليمين على معينين أو غير معينين اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشهب وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يؤمر به ووجه ذلك انه لم يقصد به البر وانما قصد اللجاج وتحقيق ما نازع فيه فيؤمر به ولا يقضى به عليه ومثله روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته كل جارية أتسررها عليك فهى صدقة عليك وان وطئت جاريتى هذه فهى صدقة عليك فتسررانه لا شئ عليه قال محمد بن زيد لا يقضى عليه بها وأما ما كان من ذلك بغير يمين فانه يجبر على اخراجها وحكى محمد عن أشهب لا يجبر على اخراجها الا اذا كانت الصدقة على معين بل خصومته لا للمساكين ووجه قول ابن القاسم ان هذه صدقة على وجه البر فوجب أن يقضى عليه باخراجها كالاحباس ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه اذا كانوا غير معينين لم يستحق أحد المطالبة بها فيقضى له ص ﴿ قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذى أعطاها فجاء الذى أعطيها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان ذلك أو ذهبا أو ورقا أو حيوانا أحلف الذى أعطى مع شهادة شاهده فان أبى الذى أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبى أن يحلف أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شئ له ﴾ ش قوله من أعطى عطية ثم نكل المعطى يريد أنكر ذلك فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن المعطى أعطاه ما أشار اليه من عرض أو حيوان أو ذهب أو ورق مثل أن يكون الذهب والورق مما يتعين كالحلى والتبر ويحتمل أن يكون دنانير أو دراهم على قول من يقول لا يتعين بعقد فكان ما أشار اليه من ذلك بيد المعطى فحكمه حكم ما فى ذمته مثل أن يقول الرجل اشهد أن لفلان فى مالى مائة دينار صدقة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان ذلك لازم له وأما الرجل

﴿ مالا يجوز من العطية ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فاشهد عليها فانها ثابتة للذى أعطيها الا أن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذى أعطيها قال وان أراد المعطى امساكها بعد ان أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها

* قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذى أعطاها فجاء الذى أعطيها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان أو ذهبا أو ورقا أو حيوانا أحلف الذى أعطى مع شهادة شاهده فان أبى الذى أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبى أن يحلف أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شئ له

يسأل الرجل السلف أو الهبة فيقول أنا أسلفك وأنا أهبك ففي العتبية والموازية عن مالك ان ذلك غير لازم له ووجه ذلك انه موعد لغير سبب (مسئلة) وأما اذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به ولا حاجة يذكرها فان كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به مثل أن يقول أريد الحج أو السفر أو نكاحا أو شراء سلعة أو هدم داري و بنيانها فيقول له الرجل افعل ذلك وأنا أسلفك ففي العتبية لسحنون ان هذه العدة لازمة لمن وعدها يقضي عليه بها لانها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تلزم بالقول سواء قال أنظرك أو أنظرتك وكذلك في هذا سواء قال أسلفك أو أسلفتك سواء ذكر أجلا للسلف أو لم يذكره فان ذكر الاجل لزمه وان لم يذكره لزمه من الأجل بقدر ما يرى ان مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الاداء يراعي الأمران في ذلك وعنه أنه يراعي مع ذلك قدر الدين (مسئلة) ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يفضي الى التسبب بشيء ولكنه أسلف لحاجة ذكرها مثل أن يقول له ان غرمائي يلزمونني بدين فأسلفني أقضهم أو يقول أعرني دابتك أركبها غدا الى موضع كذا و يذكر حاجته فيعده على ذلك ففي العتبية لأصبغ يلزمه ذلك بالقول تسبب لحاجته أو لم يتسبب لها الا أن يترك حاجته تلك فيسقط عن الواعد حكم عدته وبالله التوفيق

(فصل) وقوله و يحلف المعطى مع شاهده مبني على ما تقدم من الحكم باليمين مع الشاهد فان أبى المعطى أن يحلف لقد أعطاه ما شهد به شاهده حلف المعطي انه ما أعطاه شيأ من ذلك فان أبى أن يحلف حكم المعطى بها دون يمين لنكول المعطي بعد رد اليمين عليه وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه فانه يقضي عليه كمن ادعى قبل زيد مالا فلم يحلف زيد ورد اليمين على المدعي فنكل فانه يقضي عليه ببطلان دعواه

(فصل) وقوله فان لم يكن له شاهد فلا شيء له ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة وذلك ان الهبة على قسمين أحدهما أن تكون الهبة معينة والثاني أن تكون في ذمة المدعي أما ما لم يكن في ذمة المدعي فالظاهر من المذهب انه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى ووجه ذلك ضعف سبب المدعي لان في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين الا بسبب يقوي الدعوى فكان يضعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك الى الحيازة وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه على المدعى عليه الهبة اليمين فان حلف برئ وان نكل المدعى عليه الهبة أخذ منه ذلك (مسئلة) وأما ما كان في ذمة مدعي الصدقة مثل أن يكون لعمرو دين قبل زيد فيطلبه منه فيقول زيد قد وهبتنيه فالظاهر انه لا يحكم لعمرو على زيد بذلك الدين الا بعد أن يحلف انه ما وهبه ووجه ذلك ان المعطي يريد اخراج ما عنده فان ادعى الغريم فيه ما يبرئ ذمته لم يحكم له الا بعد يمينه على ابطال تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء و يحتمل عندي قسمة أخرى ان كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب وان كانت بيد الموهوب له لم يكن للواهب انتزاعها منه الا بعد يمينه انه ما وهب سواء كانت الهبة عرضا أو عينا يصحح هذا التقسيم ان من استحق عرضا بيد رجل وزعم أنه اشتراه انه لا يأخذه منه حتى يحلف انه ما باع ولا وهب والله أعلم وأحكم ﴿قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شيء له وذلك انه أعطى عطاء لم يقبضه فان أراد المعطي أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها﴾ ش قوله من أعطى عطية لا يريد ثوابها فمات المعطى فورثته بمنزلته يريد

* قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته وان مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلا شيء له وذلك انه أعطى عطاء لم يقبضه فان أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطاها فليس ذلك له اذا قام صاحبها أخذها

ان هذا حكم هذه الهبة وان كانت لغير ثواب لان حكم هبة الثواب مخالف لحكم هذه الهبة وهذا يدل على أن مالكا كان يقول بدليل الخطاب فأخبر ان موت المعطى لا يبطل الهبة وهو الصحيح لان القبض الذى يبطل الهبة عدمه لا يفوت بموت المعطى فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وامضاء ما كان له وانما يبطل بموت المعطى قبل القبض لان تمام العطية بالقبض قد فات وقد تقدم الكلام فى باقى الباب

﴿ القضاء فى الهبة ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن أبى غطفان بن طريف المرى أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها ﴾ ش قوله من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة يريد ان يقصد بها القربة فانه لا يرجع فيها يريد انها لازمة له ليس له الرجوع فيها سواء قبضت منه أو لم تقبض وقد تقدم ذكره ومن وهب هبة رأى انه أراد بها الثواب وليست على وجه القربة وانما هى على وجه المعاوضة فاذا لم يرض منها كان له ارتجاعها كالسلعة يعرضها للبيع فاذا لم يرض منها لم يلزمه اخراجها وقوله يرى انه أراد بها الثواب يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الواهب ممن ظاهر هبته قصد الثواب بان يهب للثواب ويعتقده ولعله يعلم به غير الموهوب فان اشترط الثواب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك وهو كبائع السلعة بقيمتها ولكن ان وهب وسكت عن ذكر الثواب ثم قام يطلب الثواب فهو الذى جاء فيه قول عمر رضى الله عنه قال أصبغ ذلك جائز فى الوجهين قال الشيخ أبو محمد وهو قول ابن القاسم فى المدونة وهو أولى لانه وان لم يشترط الثواب فقد عرف انه المقصود والمعروف كالشرط * وفى هذا خمسة أبواب * الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا فى هبة الثواب * الباب الثانى فيمن يحمل هبته على الثواب من غير شرط * الباب الثالث فى مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز * الباب الرابع فيما تفوت به الهبة للثواب * الباب الخامس فى حكم وجود العيب بها

(الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا فى هبة الثواب)

اعلم ان ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين فى بطن أمه وما لم يبد صلاحه من ثمر أو حب رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك انه عقد معاوضة فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع (مسئلة) وأما الدنانير والدراهم فروى ابن المواز عن ابن القاسم لا يصلح أن يوهب للثواب فان شرط فى ذلك ثواب فهى هبة مردودة وهو المشهور عن مالك وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه ان اشترطه فيكون ذلك عرضا أو طعاما ومثله فى المدونة قال ابن المواز ولا يعجبنا ذلك وهى غير جائزة وليرد المثل فيها وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك وقاله أشهب وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن القيمة انما تكون بالعين فاذا كانت الهدية عينا فانما تكون قيمتها من أصناف العروض تثبت فى الذمة غير موصوفة ولا مؤجلة وذلك يمنع صحة البيع وما كان فى معناه وأيضا فانه ليس فى أعيانها غرض ولا فيها مقصد غير التصرف فيها فى البيع والشراء وانما هبة الثواب فيما يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر ووجه القول الثانى ان كل ما صح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض (فرع) فاذا قلنا انه

﴿ القضاء فى الهبة ﴾

* مالك عن داود بن الحصين عن أبى غطفان ابن طريف المرى أن عمر ابن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أرادها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

يجوز ذلك في الدنانير والدراهم وهو الأظهر من المذهب فلا يجوز ذلك في السبائك وروى عيسى عن ابن القاسم وكذلك السفائح والنقار والحلي المكسور ووجه ذلك انه ذهب أو فضة لا غرض في هبته غير مبلغه فلا يوهب للثواب وان وهب فهو مردود كالدنانير والدراهم (فرع) وأما الهبة الحلي المصوغ للثواب فأجازه مالك في المدونة والموازية قال ابن المواز لا يجوز هذا بحال وجه القول الأول ان هذا مما يجوز بيعه وفي عينه غرض مقصود فجاز أن يوهب للثواب كسائر العروض ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضه لا يتناجز فيها قبض أو شراء عرض غير معين ولا مؤجل فلم يجز ذلك كالبيع

(الباب الثاني فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط)

الواهب اذا وهب وشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب اقتضى ذلك الجواز أو المنع وأما ان وهب من غير شرط ثم ادعى انه قصد الثواب وطلبه فان كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب كالدنانير والدراهم فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا شيء له من العوض رواه ابن المواز عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا يقبل دعواه انه وهبه للثواب وقد روى ابن المواز من وهب قمحا أو شعيرا ففيه الثواب وأما الذي لا ثواب فيه منه مثل الفاكهة أو الرطب يهدى للقادم قاله مالك وان قام يطلب منه ثوابا لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ان الدنانير لا غرض في أعيانها وانما يوهب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان والعقار وأما الفاكهة فلم تجر العادة بطلب الثواب على ما يوهب منها للقادم ومثله وانما جرت العادة بان توهب على سبيل التالف فكانت محمولة على غالب المعتاد الا أن يشترط غير ذلك فيها وقال أبو عبد الله محمد بن العطار وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التحف كالتمر وشبهه (فرع) فان كان قد فات فلا شيء له من الهبة ولا العوض وان كان لم يفت فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب لا عوض له ولا له أخذه وان لم يفت روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر ان بعض أصحابنا يرى له أخذه ان لم يفت وجه القول الأول ان هبته محمولة على غير العوض فليس له أخذ هبة قد قبضت منه ووجه القول الثاني انها لم تفت واحتمل قوله وتقوم بملكه ويده حلف وردت اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وما جرت عادة الناس ببلدنا من اهداء الناس بعضهم الى بعض الكباش وغيرها عند النكاح هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار ان ذلك على الثواب وكذلك رأيت القضاء في بلدنا قال أبو عبد الله لان ضمان المهديين والمهدى اليهم على ذلك يريد انه المعروف قال وذلك كالشرط فقضى للمهدي بقيمة الكباش حين قبضها المهدى اليه ان كانت مجهولة الوزن فان كانت معلومة الوزن قضى بوزنها وان كان المهدى اليه بعث الى المهدى قدرا من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس حوسب به من قيمة هديته ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب وهذا الذي قاله عندي فيه نظر (مسئلة) ومن وهب له ولم يذكر ثوابا ثم ادعاه فانه ينظر الى ناحية المعطي والمعطى فان وهب غني لفقير دابة أو كساه ثوبا أو أعطاه ما يرى انه أراد به صلته فلا شيء له وان وهب فقير لغني فله الثواب رواه ابن المواز وقال أشهب في فقير وهبه غني أو فقير الثواب على الغني وهبه غني أو فقير ووجه ذلك ان الفقير لا يطلب منه استقرار العوض والهبة للثواب مقتضاها المكارمة وان تعوض المعطي أمثال ما صار اليه وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود في الغني قال الشيخ أبو القاسم ومن وهب هبة مطلقة فادعى انه وهبها للثواب عمل على المعروف فيه

فان كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته فالقول قوله مع يمينه وان كان مثله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قول الموهوب له مع يمينه فان أشكل ذلك واحتمل الأمرين فالقول قول الواهب مع يمينه (مسئلة) ولا ثواب للذى سلطان فيما وهب رواه ابن المواز عن أشهب لانه ليس مما يعرف ان ذا السلطان يطلب استقرار ثواب وانما يطلبه غيره منه وأما ما يهبه أحد للسلطان فقد قال الشيخ أبو اسحاق لا ثواب فيه والظاهر عندى من المذهب انه على الثواب وجه قول أبى اسحاق انه من أهدى اليه فانما يقصد التقرب منه فعلى ذلك تحمل هبته مع الاطلاق ووجه القول الثانى ان عطيته وهباته مقصودة بعوض وبغير عوض وهى من جملة ما يرغب التقرب اليه بسببها (مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق وما أهدى الى الفقير فعلى غير الثواب وما أهدى هو فعلى الثواب والظاهر عندى انه أراد الثواب وأما الغنى فيجب أن يكون حكمه فى ذلك حكم سائر الاغنياء (مسئلة) ولا ثواب على سيد فيما أهداه اليه مولاه ووجه ذلك ان الظاهر انه انما يهدى اليه شكر الانعام عليه بالعتق (مسئلة) وأما هبة ذى الرحم فليست على الثواب قال ابن القاسم فى المدونة الا ان يرى الناس انه وهبه للثواب مثل ان يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب فيهبه اياه استقرار العوض فهذا محمول على الثواب ومعنى ذلك ان ما لم يبين وجه الثواب فهو على غير الثواب ووجه ذلك أن هبته محمولة على صلة الرحم وكل هبة لها وجه غير الثواب فى الاغلب فهى محمولة عليه (مسئلة) وهبة أحد الزوجين الآخر روى ابن المواز انها لغير الثواب قال فى المدونة الا ان يرى انه أراد الثواب ومعناه ما تقدم وذكر القاضى أبو محمد فى معونته ان فى الهبة المطلقة روايتين احداهما انها تقتضى الثواب والثانية لا تقتضى الثواب وجه الرواية الاولى ان الملكين متميزان وان المعاوضة مطلوبة بينهما ووجه الرواية الثانية ان العرف جار بان كل واحد منهما يتقرب الى الآخر بالهدية ويحب التقرب اليه وقد ذكر فى كتاب الدور والارضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن فى بيت بكراء فسا كنها حتى انقضت المدة انه لا شئ على الزوج من الكراء الا ان تكون المرأة بينت له بذلك وأعلمته بالكراء وقالت ان شئت فأده وان شئت فاخرج وذلك بمنزلة ان يتزوجها وهى سا كنة فى دارها ثم طلبت كراءها فلا كراء لها وقال غيره عليه كراء مثلها الا ان يكون أكثر مما اكترت به واختلاف ابن القاسم والغير مبنى على الخلاف الذى ذكره القاضى أبو محمد فى هذا الاصل فى كتاب العدة من المدونة فى المعتدة تعتد فى مسكن بكراء فطلبت الكراء بعد تمام العدة أن لها ذلك ان كان موسرا حين السكنى وقال بعض شيوخنا الاندلسيين ان المسئلتين مختلفتان *قال القاضى أبو الوليد رحمه الله تعالى ومعنى ذلك عندى ان المعتدة سكنت فى وقت لا يظن به الصلة وقد بسطت القول فى هاتين المسئلتين فى شرح المدونة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقتضى الثواب مع الاطلاق ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انها ان ادعت انها شرطت عليه الثواب تحلف على ذلك وتبرأ ووجه ذلك انها ادعت انها شرطت ما لا يقتضيه الاطلاق فان لم يكن لها بينة بذلك فالقول قول الزوج فى انكار دعواها كادعائها سائر الشروط (مسئلة) وهذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية فأما لفظ الصدقة فلا ثواب فيه قاله الشيخ أبو اسحق واحتج لذلك بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية ومعنى ذلك ان مقتضاها القربة وذلك ينافى العوض والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فى مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز)
الذى عليه ظاهر المذهب ان الهبة باللفظ لازمة للواهب فان أخذ المعطى قيمتها فلا سبيل له اليها وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) فان زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها فقد قال محمد ليس له منعه من قبضها ولا من بيعها والظاهر من قول أشهب انها وان كانت تلزم بالقول الا أن للواهب منع المعطى من قبضها حتى يثيبه وجه القول الاول ان مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك المشاحة وذلك مخالف للمنع من القبض ووجه القول الثانى ان هذه معاوضة فكان للبائع امساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق فان قبضها المعطى بغير اذن المعطى فقد قال أشهب يرتجعها حتى يثيبه وليس للواهب أن يبدوله وقال ابن القاسم لا يرتجعها ويتلوم فان أثابه والا ردها والقولان مبنيان على ما تقدم فى منع الواهب الموهوب من قبضها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان فاتت الهبة فقد لزمت المعطى بالقيمة كنكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل فان كانت القيمة التى تلزم فى الهبة والثواب عين لزم قبضها والرضا بها وان كان الثواب دينا مثل ان يهبه دارا فيثيبه منها دينا ففى كتاب أبى محمد يجوز حل الدين أو لم يحل قال محمد يريد انه حوالة ويريد اذا كان مما تقوم به الهبة فى الاستهلاك من الدنانير أو الدراهم ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار ولا خدمة عبد سنين لأنه فسخ دين فى دين عند ابن القاسم وجوزه أشهب لأن قبض الرقبة لاستيفاء المنافع عنده قبض والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة)
وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس فى حكم وجود العيب بها)
فانه ان اطلع على العيب قبل ان يثيبه وقبل أن تفوت فان علم الواهب بالعيب فليس له الا قيمتها معيبة لأنهما عالمان بالعيب قاله محمد ووجه ذلك ان الواهب وهبها على انها معيبة فله قيمتها على ذلك وان لم يكن عالما بالعيب فله قيمتها صحيحة غير معيبة كان فاتت بحوالة أسواق أو كانت جارية ففاتت بوطء قاله أصبغ فى العتبية ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تفيته حوالة الاسواق والواهب وهب على الصحة فاما أن رضى المعطى أن يثيبه على ذلك أو يرده (مسئلة) فان ظهر العيب بعد ان أثابه وقبل الفوات فله ردها والرجوع فى الثواب أو امساكها ولا يرجع بشئ مما أثابه وذلك كالبيع وقد قال محمد ان لم يعلمه بالعيب حتى فاتت بحوالة الاسواق لزمه قيمتها صحيحة فان شاء حبسها بذلك والا ردها وذلك انه أراد ان فوات الهبة الموجب لقيمتها بفوت سوق أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب (مسئلة) ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها فأثابه ثم ظهر على العيب رجع بقدر العيب مما أثابه به ان كان الثواب أقل من قيمة الهبة أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفى القيمة أو قبل أن يثيب لكانت عليه قيمتها معيبة (مسئلة) فان وجد العيب بالعوض قبل ان يفوت فله رده قال ابن القاسم الا ان يكون فى العوض المعيب مثل قيمة الهبة فلا يرد أو يكون أقل فتتم له القيمة فلا يرد قال أشهب له رده كما ترد الهبة لأنه يرى ان لا يقبل من عوضه الا العين فأخذه العوض شراء له بالقيمة التى وجبت له واختيار له

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع فى هبته وان أعطى قيمتها الا ان يرضى منها فجعل عقد الهبة للثواب غير

لازم للواهب ونحوه فى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وان لم تخرج من يده واذا أعطاه القيمة فليس له أن يقول أنا راض وهذا قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون وهو معنى قول عمر رضى الله عنه فهو على هبته مالم يرض منها يريد يعطى قيمتها * قال مالك اما ثواب مثلها أو ردها فمعنى قوله مالم يرض منها على قول مطرف مالم يأخذ ما يرضيه وان كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك مالم يعط ماهو رضا منها عند الناس وذلك القيمة والرضا منها يعتبر فى وجهين القدر والجنس فأما القدر فقد تقدم ذكره وأما الجنس فروى ابن المواز عن أشهب لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين الا أن يتراضيا على شئ يجوز وفى المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب اذا كانت قيمته قيمة الهبة وكان مما يتعاطاه الناس فى ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يثيبه حطبا ولا تبنا الا انه ليس مما يتعاطاه الناس بينهم فى ذلك وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هى أصول الأثمان وقيم المتلفات فلا تكون القيمة الا منهما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم ان أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كانت فى بعض البلاد ورقا وفى بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الابل ابلا ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما يترتب عليه من التوسعة ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التى تجرى فى بلد الهبة وتلك السكة لان التقويم انما يكون بها دون سائر أنواع العين والسكك فان قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ما قدمناه أنه أمر مصروف الى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح فان كانت الهبة لم تفت يجوز أن يعوضه منها كما يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم فى المدونة ان وهبه أثوابا فسطاطية لم يجزله عند مالك أن يثيبه منها أثوابا فسطاطية أكثر منها ولو وهبه حنطة لم يجزله أن يعوضه منها حنطة ولا مما يؤكل ويشرب الا أن يعوضه مثل طعامه فى صفته وجودته وكيله (مسئلة) فان كانت الهبة حليا وقلنا بجواز هبته للثواب ففى المدونة يثيبه قيمة الحلى عروضا ولا يأخذ دراهم ولا دنانير وان كان الحلى من غير جنس الثواب يريد بعد أن يفترقا وقبل أن يغيب الحلى لجاز وفى الموازية يكون الثواب على حلى الذهب ورقا وعلى حلى الورق ذهبا فما فى المدونة مبنى على اعتبار التناجز بالقبض فى مجلس الهبة وبحضرتها لانه صرف وما فى غير المدونة مبنى على اعتبار القبض فى مجلس الهبة لانه بمعنى علم القيمة بعد وفاة الهبة ولذلك قال يثيب عن حلى الذهب ورقا وعن حلى الورق ذهبا والله أعلم وأحكم ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها * ش وهذا كما قال ان الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له وان قبضها مالم تتغير عنده بزيادة أو نقصان فى عينها فان حدث بها شئ من ذلك فقد فات ردها الى الواهب ولزم الموهوب قيمتها هذا المشهور عن مالك ان الزيادة والنقص فى البدن مما تفوت به الهبة للثواب وتلزم المعطى قيمتها وفى العتبية عن ابن القاسم ان الزيادة لا يلزم بها المعطى قال وقاله مالك ثم قال ابن القاسم النماء والنقص فوت ويجبر الموهوب له على الثواب وروى ابن المواز عن أشهب للموهوب ردها فى الزيادة وانما معنى قول مالك ليس ذلك للموهوب فى النقص ولا للواهب فى الزيادة ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم وقال ليس الرد الا باجتماعهما زادت أو نقصت وجه القول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه انما لزمته الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثانى ان العقد لما كان لازما فى جنبة المعطى دون المعطى وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ورد العطية وأما النقص فهو اتلاف بعض العطية فليس له أن يردها ناقصة فلزمته بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبغ اختلاف الأسواق فيها فوت وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالفوت فى البيع الفاسد فى العروض والحيوان والرباع ووجه القول الثانى ان الهبة للثواب تؤل الى اللزوم بالقيمة فكان تغير الاسواق مفيتا لها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطى قبل أن تحول الأسواق فهو فوت ولا رد له رواه ابن المواز ووجهه على قول أشهب فى البيع الفاسد بين واضح وأما على قول ابن القاسم فان ما تفوت به هبة الثواب فما يتم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الايجاب فى البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما يرده عما عقد عليه الى وجه من الصحة لعدم الرد وتعذره ولو أمكن ذلك لما وجب امضاؤه فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب وتجب به القيمة فقد لزم العقد وتم ولا يثبت بخيار الرد زوال ما فات به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمته القيمة ولو التزم ذلك فى البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه مما يفوت به البيع الفاسد ففاتت بهبة الثواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لأهبتها فالواهب أحق بها كالبيع الا أن يشاء الغرماء أن يعطوه قيمتها ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للثواب فوطئها الموهوب فذلك فوت يوجب عليه القيمة وقال ابن القاسم فى العتبية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا غاب عليها فقد لزمه الثواب وان لم يطأها ولم تتغير

(فصل) وقوله فقد لزمته قيمتها يوم قبضها يريد أنه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك للواهب قال ابن القاسم الا أن يجتمعا على ردها قال مطرف وذلك اننا اذا قلنا انها تلزم الواهب باللفظ فانها اذا فاتت لزمتهما جميعا وان قلنا لا تلزم الواهب باللفظ فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما وان وجد الاختلاف فيما تفوت به فاذا اتفقا بعد الفوات على الرد فان ذلك لمعنى الاقالة فى البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القيمة ثم رجع محمد فقال يجوز اذا رضيا بردها وان لم يعرف القيمة لانها هبة (٢) الا أن يوجبها له على قيمتها يريد أن يثيبها منه بالقيمة المجهولة وجه القول الأول ما احتج به محمد ان القيمة مجهولة فلا تجوز المعاوضة بها ووجه القول الثانى وهو قول ابن القاسم ان ردها فسخ العقد الأول فلم يحتج الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض فان له امساكها بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العبد من الثمن قبل العلم بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض فبان يجوز ذلك بما لا يحتاج الى تقويم واحد أولى وأحرى

(فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها قال محمد ويوم قبضها أصوب وجه الرواية الاولى أن العقود التى لا تلزم ولا تؤل الى التمليك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض قيمة المعقود عليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضمنها بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزمت

الواهب بالقبول فاذا فاتت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيمتها يوم لزمت المعطى لان المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا رضي مشترط الخيار المبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول أنا آخذه ويحط عني نقصه في مدة الخيار وانما قال ابن المواز يوم القبض أصوب لان الهبة للثواب بالقبض تأثير في لزومها لانها لو بقيت في يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان وانما تفوت بذلك اذا حدث عند المعطى في بيع الخيار وانما يستند الخيار الى العقد لا الى القبض ولان المبيع بالخيار انما ينفذ بيعه بالثمن المسمى والهبة للثواب بالقيمة فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾

﴿ الاعتصار في الصدقة ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذى لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فاشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لأنه لا يرجع في شئ من الصدقة

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذى لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لانه لا يرجع في شئ من الصدقة ﴾ ش وهذا كما قال ان من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر نفسه أو الصغير في حجره فليس للمتصدق اعتصارها اذا قبضت وحيزت لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها على وجه القربة وما كان من العطية على وجه القربة فلا اعتصار فيه وقد تقدم من قولنا ان العطايا المنفرد بها الازمة بالعقد وانما قال قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته ليذكر أقوى وجوهها في حيازة الابن الكبير لنفسه ثم ذكر أصعب وجوهها وهو أن يتصدق على ابنه في حجره فيقضى على الاشهاد له بالصدقة ولم يذكر الحيازة له فلا اعتصار له في أحد الوجهين لما احتج به من أنه لا يرجع في شئ من الصدقة ومعنى ذلك ما يأتي بعد هذا من انه لا يجوز أن يشترى صدقته ويأخذها بعوض فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى (مسئلة) فان أتى بلفظ محتمل للقربة وغيرها كالهبة والنحل والعطية فان قرن به ما يقتضى القربة كقوله هبة لله أو لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصلة رحمه فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا ووجه ذلك ان هذا مال يخرج عن وجه القربة فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة (مسئلة) ومن وهب هبة يريد بها الصلة فقد قال سحنون لا يعتصرها كالصدقة وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان صغير في حجره أو كبير بائن عنه وقد يكون الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة وانما يقتضى هبته أو عطيته لابنه الذى في حجره أو البائن عنه اذا كان ذا مال كثير ووجه قول سحنون ان ظاهر هبته ومعناها القربة وذلك يمنع الاعتصار كما لو صرح بانها لله تعالى ووجه القول الثاني انها هبة لم يقترن بها ما يخلصها للقربة فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغنى وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يوصل الغنى وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار (مسئلة) فاذا قيد الهبة أو العطية أو النحلة فقال انى قد سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المذهب في جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى النعمان بن بشير ان أباه أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابني هذا غلاما فقال أكل ولدك نحلت مثله قال لا قال فارتجعه فوجه الدليل من ذلك انه قد كان وهب لابنه الغلام ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالارتجاع ولو لم يكن الارتجاع بهبته لمنسه جائزا لما أمره بذلك ومن جهة المعنى ان الابن قد أضيف الى الأب مع ماله في الشرع فكان لذلك تأثير في انتزاع ما بيده كالعبد (مسئلة) ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى ابن

عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى ان من لا يلي ماله الا بتوليه لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فاذا ثبت ان الاعتصار جائز في الهبات والعطايا فان أطلق لفظ الهبة أو النحلة فان له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبغ في العتبية ووجه ذلك ان هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كالتي شرط فيها الاعتصار ص

﴿قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك مالم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذى أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك﴾ ش قوله الأمر المجتمع عليه عندنا يريد أهل المدينة على ساكنها السلام ثم قال فيمن نحل نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك مالم يستحدث الولد دينا خص الولد بذلك لان الظاهر من مذهب مالك انه لا يعتصر الا الأبوين من الابن والابنة صغارا كانوا أو كبارا فأما الجد والجدة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا يلزمه النفقة ويرث مع الاخوة ولا يكون بيده بضع بنات الابن وروى عنه أشهب ان الجد والجدة يعتصران كالأبوين وبه قال ابن عبد الحكم وجه القول الأول وهو المشهور من المذهب ان الجد لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعم ووجه القول الثانى انه أدلى بالابوة ويقدم في الميراث على الاخوة كالأب (مسئلة) اذا ثبت ان الأم تعتصر فانها لا تعتصر من يتيم قال ابن المواز الهبة لليتيم للاشفاق عليه وخوف ضياعه وهذا معناه الصلة والقربة فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقد روى ابن القاسم عن مالك للأب أن يعتصر وان لم يكن لولده أم وليس للأم أن تعتصر اذا لم يكن لولدها أب لان اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم وهذا قول جمهور أصحاب مالك وروى ابن المواز عن أشهب ان اليتيم اذا كان غنيا فان للأم أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير قال مالك للأم من الاعتصار ما للأب ووجه ذلك انها أحد الأبوين فجاز أن تعتصر وان مات الآخر كالأب (فرع) فاذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم فوهبت ابنها الصغير في حياة أبيه ثم مات الأب لم يجز لها أن تعتصر وان كبر ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه ثم مات الأب كان لها أن تعتصر لان الصغير قد انقطع عنه الاعتصار (مسئلة) وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لا أب له لانه خرج عن حد اليتم ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيما حين الهبة ولا بعدها الى وقت الاعتصار وذلك ان ما ينافي الاعتصار وقت الهبة من اليتم ان وجد قبل الاعتصار منع الاعتصار لانه ينافيه في جميع أحوال الهبة ويخرجها عن حكم الهبة الى حكم الصدقة

(فصل) وقوله فله أن يعتصر مالم يحدث الولد دينا يداينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه لم يكن للأب أن يعتصر لان ذلك يذهب أموال الناس وقد صار ذلك المال للموهوب من أجل ذمته التي تعلقت حقوق الناس بها وذلك يمنع الاعتصار (فرع) ولو كان الابن مديانا فوهبه الأب فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الأب اذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان لم يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث قال أصبغ اذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة فله الاعتصار وجه القول الأول ان ما منع الاعتصار اذا حدث بعد الهبة يمنعها اذا كان موجودا وقت

*قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك مالم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه وابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذى أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك

الهبـة كاليتيم ووجه القول الثاني ان دينـه لم يتعلق به من أجل الهبـة فلا يمنع اعتصارها وانما يمنع الاعتصار دين بسبب الهبة (فرع) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني الهبة اليسيرة التي يرى انه لا يداين بمثلها فاذان أو تزوج فقـد قال ابن الماجشون ذلك يرفع الاعتصار وقال مطرف عن مالك لا يمنع ذلك الاعتصار وقاله ابن القاسم في العتبية وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من ان تلك الهبـة قد قوته على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهـذه الهبة حق آدمي لانه لم يداين ولم يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل انما تنكحه لغناه والمال الذي أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها لمالها وما أعطاها فليس للأب أن يعتصر يريد أن النكاح قد يقصد فيـه المال ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المرأة لدينها ولمالها وجمالها فاظفر بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجـل عطية أبيه فليس للأب أن يزيل تلك العطية فتبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عرضها لذلك فاذا تعلقت به حقوق الناس لم يكن له ابطالها كما لو أذن لعبده في التجارة بمال لم يكن للسيد فيه ملك ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الانثى وروى ابن حبيب عن ابن دينار أن نكاح الولد الذكر بعد الهبة لا يمنع الاعتصار وقال لان الولد الذكر دخل في ما المخرج منه بيده ودخلت الابنة فيما المخرج منه بيد غيرها ووجه قول عبد الملك ان حق الزوجة قد تعلق بمال الزوج كما تعلق حق الزوج بمال الزوجة بل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى لما فيـه من المداينة ولما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله فان كان نكاح الابنـة يقطع الاعتصار فبأن يقطعه نكاح الذكر أولى (مسئلة) ويمنع الاعتصار مرض المعطى فان مات المعطى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتصار ورواه ابن حبيب عن مالك لا يعتصر مريض ولا يعتصر منـه فأما المريض فانه لا يعتصر لانه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بآباء ولا يعتصر الا الأب وأما المريض فلا يعتصر لان حقوق الورثة قد تعلقت بماله كما لو تعلقت حقوق الغرماء بماله لامتنع الاعتصار (فرع) فان زال المرض فهل يعود الاعتصار رواه عيسى عن ابن القاسم يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين قال أصبغ ما زال به الاعتصار من مرض أو غيره يوماً واحداً فلا يعود بزواله وجه القول الأول ما احتج به مطرف من ان المرض لم يحدث له الولد والدين والنكاح بسببه فمنع ذلك أن يعود به الاعتصار ووجه آخر وهو ان المرض الذي يؤثر في الهبات انما هو المرض الذي يتصـل بالموت وأما المرض الذي يتصـل به البرء فلا تأثير له فيها ووجـه القول الثاني ان الاعتصار اذا زال بسبب لم يعـد بزواله كالنكاح والدين

(مسئلة) وتغير الهبة على وجهين في ذاتها وفي قيمتها فاذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك ان الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها ولا تأثير له في صفتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع الى آخر (مسئلة) وأما تغيرها في عينها ونقصها فلا يمنع اعتصارها وقال أصبغ ذلك يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم ووجه قول مطرف ان نقص الهبـة وزيادتها لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة ووجه القول الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتصار فبأن يمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى (فرع)

وللاب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدنانير والدراهم الآن يجعلاها حليا فليس له اعتصارها قاله مالك ورواه سحنون عن ابن القاسم ووجه ذلك ان هذا تغير فى الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها (مسئلة) فان كانت جارية فوطئها الابن فالذى قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا ان الوطء يفيتها وان كانت ثيبا ولم تحمل وقال المغيرة لا يمنع الوطء الاعتصار وبه قال ابن الماجشون وقال ويوقف حتى تستبرأ فان حملت بطل الاعتصار وجه القول الاول ان الوطء غير ما أبيح من تمام ملكه ويكمل كاحد الشريكين يأذن لشريكه فى وطء الجارية ووجه القول الثانى ان وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كوطء العبد اذا أعطاه اياه سيده (مسئلة) فان خلا بها الابن وادعى الوطء فانه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفى كتاب الاستبراء من المدونة ان للاب أن يعتصرها من ابنه الكبير ويستبرئ اذا غاب عليها ولم يذكر انه ادعى وطأ والظاهر انه لم يدعه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك ان ادعاء الوطء مع امكانه بالخلوة مؤثر فى الحكم كالزوج يخلو بزوجته وتدعى عليه الوطء قال القاضى أبو محمد أو يكاتب العبد وعلى هذا عندى يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاد وفوات العين ببيع أوهبة وأما ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضى أبو محمد ان خلطه الابن بمثله فلا سبيل للاب الى اعتصاره قال لان ذلك جرى مجرى اتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء فى العمرى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ﴾ ش معنى العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فسميت عمرى لتعلقها بالعمر وانما يتناول الاعمار هبة المنافع لا هبة الرقبة وقال النبى صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها يريد والله أعلم انما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا تبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطاها من وجوب التوارث فيها وان يتنقل المنافع الى عقب المعطى بعد موته وهذا كله راجع الى المنافع ومتعلق به دون رقبة الدار لان رقبتها لم يعطها عطاء وقعت فيه المواريث ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفى معنى هذا الحديث ثمانية أبواب * أحدها فى معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها * والباب الثانى فيمن يصح منه التحبيس ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه * والباب الثالث فى دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده * والباب الرابع فى معنى العقب والذرية والبنين والمولى * والباب الخامس فى قسمة منافع العمرى * والباب السادس فى استحقاق القسم فيها بالولادة وانتقاله بالموت * والباب السابع فيما يجوز من بيع العمرى والحبس * والباب الثامن فى من تعود اليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر ومن حبس عليهم

(الباب الاول فى معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها)

اذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فقد سمى الملك عمرى لجواز أن تتعلق العمرى بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه رجعت الى صاحبها ان كان حيا أو الى ورثته يوم مات ان كان ميتا وقال أبو حنيفة

﴿ القضاء فى العمرى ﴾
* مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر ابن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطاها أبدا لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث

والشافعي يكون ملكا للمعمر ولعقبه بعده فان مات ولا عقب له فلبيت المال ودليلنا من جهة القياس أن تعليق الملك بوقت معين يقتضي تمليك المنافع دون الرقبة لان تعليق الملك لوقت ينتهي اليه يمنع ملك الرقبة لمالك رقبته بمجيء زيد أو نزول المطر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للعمرى ألفاظا نحن نبينها ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها وذلك اذا كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة فان كان ما كان من الألفاظ يقتضي هذا المعنى فان حكمه في ذلك حكم العمرى وان اختلفت في بعض الأحكام ومن ذلك أن يقول أسكنتك هذه الدار عمرى أو وهبتك سكناها عمرك وفي المدونة عن ابن القاسم فيمن قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت الى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك ولعقبك سكنى وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب اذا قال هي لك صدقة سكنى فليس له الا سكناها صدقة دون الرقبة قال محمد حياته (مسئلة) وأما اذا قال هذه الدار حبس على فلان ولم يزد على هذا فقد قال عبد الملك في المجموعة انها عمرى وقال في الموازية هي حبس وروى ابن وهب عن مالك في الحبس على المعينين انها بمعنى العمرى وقال في الموازية اختلف فيها قول ابن القاسم وترجح فيها قول مالك فوجه قول مالك انها عمرى بما قدمناه من أن التحبيس انما يقتضي هبة المنافع فاذا قال على فلان اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره وذلك يقتضي أنه انما وهبه المنافع دون مدة عمره وذلك بمعنى العمرى ووجه القول الثاني ان لفظ التحبيس ظاهره يقتضي المنع من رجوع المنافع اليه لان معنى التحبيس أن تكون المنافع محبوسة على وجوه نص عليها أو اخر تعيينها واذا حبسها على فلان انصرفت اليه منافعها عمره فاذا انقضى عمره لم يرجع الى الحبس لانه معنى يمنع ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فان كان المحبس حيا ففي كتاب ابن المواز عن مالك يسأل عما أراد من عمرى أو حبس فيحمل على ذلك ويقبل قوله فيه فان مات قبل أن يسأل فقد اختار ابن المواز أن يعود ميراثا لورثته ويجوز أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم لانها مسئلة الخلاف التي قدمناها وانما قبل قوله لما احتمل الوجهين جميعا فكان هو أعلم بما أراد من ذلك فيحمل عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال داري هذه حبس لا تباع ولا توهب ما عاش المحبس عليهم ففي كتاب ابن المواز عن مالك انه حبس مؤبد ووجه ذلك ان قوله لا تباع ولا توهب تصريح في تأبيد التحبيس وان كان قد علقه بهذه لان العمرى فيها (١) والبيع اقتضى ذلك التحبيس المؤبد لانه الذي يختص (٢) وقد قال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك في ذلك فمنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها حبس والله أعلم وأحكم ولو قال داري حبس على فلان وولده فان كان ولده معينين مثل قوله داري حبس على فلان و بنيه زيد وعمرو وخالد فهذه المسئلة المتقدمة وان قال مع ذلك وعلى من يحدث له بعد من ولد ففي المجموعة عن عبد الملك انها حبس لتعلقها بمجموعين وان لم يسم الأولاد في قوله هي حبس على فلان وولده أو على فلان وعقبه أو على قوم غير معينين كبني تميم أو قريش أو قال حبسا مؤبدا أو حبسا لا يباع قال ابن عبدوس عن سحنون فهو كما قال لا يباع ولا يوهب أو حبسا صدقة على قوم معينين أو غير معينين فان هذا لم يختلف فيه قول مالك في أنه ترجع منافعه الى المحبس عليهم كما لو قال جعلت داري مسجدا ووجه ذلك ان هذه تقتضي التأبيد فحملت على مقتضاها وأما قوله حبسا صدقة فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون هي عمرى ان لم يذكر عقبا ولا يمنع البيع وبه قال ابن كنانة وقال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في تخريج قول مالك

فى ذلك فمنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع حبسا (مسئلة) ومن قال حبست هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يذكر مطرف الحكم الى معين ولا غيره فانه يصح الحبس و يلزم قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعى فى أحد قوليه لا يصح ذلك وأما من قال دارى هذه عمرى فلا يلزمه شئ حتى يذكر العمرى والفرق بينهما ان لفظ التحبيس أكثر ما يستعمل على وجه القربة ولفظ العمرى لا يستعمل فى القربة فأشبه الصدقة والهبة (مسئلة) وأما لفظ التوقيف فقد قال القاضى أبو محمد ان لفظ التوقيف صريح فى تأبيد الحبس فلا يرجع ملكا أبدا لان مفهوم هذه اللفظة فى العرف التبتل على وجه التأبيد وتمليك المنافع على الدوام (مسئلة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة وان أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقترن به ما يقتضى التأبيد ففيه روايتان على ما تقدم فى الحبس قال ذلك كله القاضى أبو محمد فى معونته قال وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا فى الذى يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا انه يكون ملكا لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسا وجه القول الأول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهره تمليك الرقبة الا انه لما علق ذلك بمعين وعقب علم انه لا يصح أن يملكها الأول منهم لان ذلك يمنع عقبه من ملكها فاقتضى ذلك تمليك الرقبة آخر العقب وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد موجود فى المذهب ففى الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن الرجل يقول دارى صدقة على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقرضوا مرجع الاحباس وروى فى الموازية أشهب عن مالك قال ان لم يبق من العقب الا بنت ان لها بيع الدار وقال ابن القاسم وقد روى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر أن عمر تصدق بمال له يقال له ثمغ فقال يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمره فتصدق به عمر فصدقته تلك فى سبيل الله وفى الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه فاستعمل لفظ الصدقة فيما معناه التحبيس ووجه الرواية ان تعليق الصدقة بجماعة ينتقل اليه بعد انقراض بعض بنيه ان المراد بذلك الصدقة بالمنافع دون الرقبة لان الرقبة لا يصح فيها نقلها بالصدقة عن قوم الى قوم وانما يصح ذلك فى المنافع وهذا معنى الحبس والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الذى قاله اذا عرا لفظ الصدقة عن لفظ التحبيس فان اقترن به ما يقتضى تبتيل الصدقة فهو على ذلك وان اقترن به من صفة المتصدق عليهم أو صفة الصدقة ما يقتضى التضيير فهو على ذلك واذا عرا من ذلك فقد قال القاضى أبو محمد انها لا تكون بمعنى التحبيس لان الصدقة ظاهرها تمليك الرقبة وانما يصرف الى المنافع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الحبس وما فى معناه بأى لفظ كان تبقى الرقبة على ملك المحبس وللشافعى ثلاثة أقوال أحدها مثل هذا والثانى ينتقل الى الموقوف عليهم والثالث ينتقل الى البارى تعالى والدليل على ما نقوله ومن جهة المعنى انه بذل المنافع فلا تخرج بذلك الرقبة عن ملك الباذل كالعارية ودليل ثان ان كل ما لا يصح عتقه فلا يجوز زوال الملك عن رقبته و يبقى الملك على منافعه كالحيوان والعروض

(الباب الثاني فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه ومايصح تحبيسه)

التحبيس في الأصل جائز يلزم في الحياة والموت ولا يفتقر الى حكم حاكم والمشهور عن أبي حنيفة انه لايجوز ولايلزم وأصحابه المتأخرون يحكون عنه انه جائز ولكن لايلزم الا بأحد أمرين اما بحكم حاكم أو يوصي في مرضه أو بوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون مسجدا أو سقاية فان ذلك يلزم ولايفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التي كلم فيها أبو يوسف مالكا في مجلس الرشيد فظهر عليه مالك وقال له هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير الى الخبر المتواتر فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع الى الحق حين ظهر وتبين ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه والدليل على مانقوله مع ماقدمناه قول الله تعالى ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب بخيبر أرضا فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر انه لايباع أصلها ولا يوهب ولا يورث بل في الفقراء والأقربين والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول به ودليلنا من جهة المعنى انه تحبيس عقار على وجه القربة فلم يفتقر الى وصية ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان له في تحبيس الرباع والأعمار قولا واحدا وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففي الموازية عن مالك انه كره الحبس في الحيوان وقد قال ابن القاسم في المجموعة من أعمر دابته أو داره أو عبيده في حياته جاز ويرجع بعد موته الى ورثته قال ابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في تحبيس الثياب شيأ ولا بأس به وقال أشهب ذلك جائز (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازما لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة وان قلنا بكراهة ذلك ففيه روايتان احداهما الجواز والثانية اللزوم وقال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال في الخيل قولا واحدا وانما الخلاف في غيرها وروى ابن المواز عن مالك انه كره الحبس في الحيوان فان وقع أمضاه وان أراد تغييره الى ماهو أفضل للمعين وأحب الى الله تعالى فذلك له وقال أشهب الحبس في الحيوان لازم على ماشرط كالرباع ووجه اللزوم قول النبي صلى الله عليه وسلم ان خالدا حبس أدراعه وأعبده في سبيل الله ومن جهة المعنى انه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار ووجه القول الثاني ان التحبيس يقتضي التأبيد وذلك مختص بالعقار دون ماينقل ويحول (مسئلة) ولايصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافا لأبي يوسف والدليل على ذلك ان من ملك شيأ بجهة من الجهات لم يصح أن ينقله الى غير تلك الجهة من ملكه كما لو وهب نفسه ماله وقال الشيخ أبو اسحق من حبس على نفسه وعلى جيرانه صح حبسه ودخل معهم وانما يرد ماحبس على نفسه خاصة (مسئلة) ومن قال داري هذه حبس أو موقوفة ولم يذكر وجها تصرف اليه فان ذلك يحمل على المقصود باحباس تلك الجهة ووجه الحاجة فيها وقال ابن القاسم في العتبية يكون للفقراء أو المساكين قيل له انها بالاسكندرية قال يجتهد الامام في ذلك ووجهه ان معظم البلاد معظم حاجتها في اعطاء المساكين لانها آكد وجوه البر وأعمها وأما الثغور فربما كانت الحاجة الى مايصرف في وجوه الجهاد آكد فينظر في ذلك الامام فيصرف الاحباس المطلقة الى ماهو آكد

حاجة وأعم وقت عقد التحبيس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارا الى الكعبة أيجعل في الكعبة قال يرد اليها ووجه ذلك ان هذه أموال هي أطهر الأموال وأطيبها وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد (مسئلة) ولو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي ان يرد لانه قد صرف صدقته الى وجه معصية كما لو صرفها الى شرب الخمر واعطائه أهل الفسق (مسئلة) روى عمر بن زياد عن مالك انه كره اخراج البنات من الحبس اذا زوجن وفي رواية ابن القاسم عنه ذلك من عمل الجاهلية ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر واحتجت عائشة رضي الله عنها لذلك بقوله تعالى وقالوا ما في بطون هذه الانعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا (فرع) فان وقع ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك الشأن ان يبطل قال الشيخ أبو اسحق ومن أخرجهن عنه بطل تحبيسه وكذلك من شرط ان من تزوجت منهن بطل حقها الا أن يردها راد وينقض ذلك حتى يردها الى الفرائض قال ابن القاسم أرى ان فات ذلك ان يضمن على ما شرط وان كان حيا لم يجز عنه أن يرده ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لسحنون والخلاف في هذه المسئلة مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض قال ابن المواز وان نقص اذا لم يأت المحبس عليهم وهم كبار فان أبوا لم يفسخ وان كان حيا

(الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى)

الاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه وذلك ان اعطاء المنافع في العمرى أو الحبس لا يخلو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمرت هذه الدار ولد فلان أو عقبه ففي الموازية والعتبية من حبس على ولده دارا فولد له أولاد فانهم مع الآباء في حياة الأب وكذلك قال مالك في المجموعة وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك انه بمنزلة قوله ولدي وولد ولدي يبدأ بالآباء فيورثون وان فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك يؤثر الاعلين وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم وهو أحب الي وقال عبد الملك عن أشهب لا يكون الاب أولى مع استواء الحاجة وجه القول الاول ما احتج به عبد الملك قال يقول الله تعالى يوصيكم الله في أولادكم فكان ولد الولد كالولد في ذلك ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناولهم تناولا واحدا فوجب أن يتساووا ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز ان شأن الاحباس أن يؤثر أقربهم من المحبس وكان الاولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم ان الآباء يبدؤن في الميراث قوله ولدي يتعدى الى ولد الولد وتمام قوله هذا ان يقول القائلين في بعض أحكامه يقتضي انه اذا قال ولدي فان ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك اذا قال ولد ولدي وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما اذا قال قلنا يؤثر الاقرب في قوله ولدي فبأن يؤثر ههنا الأقرب أولى واذا قلنا قوله ولدي فقد تقدم وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فمن حبس على ولده وأعقابهم ثم بقي بنوه وبنو بنيه فانه يسوى بينهم مع استواء الحال (فرع) بين الاعلون فان ذلك تساوى حال في الحاجة يبدأ الاعلون ويعطى ما فضل فان كانت الحاجة في ولد أوثروا ويكون الأب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن المواز قول ابن القاسم استحسان وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في الفضل وشأن الاحباس إيثار الاقرب وكذلك مرجعها وانما قال ابن القاسم يعطى الاب معهم فلئلا ينقطع سبب الاب وان كان غنيا ولو كانت الحاجة في الاب ولم يدخل معهم ولد الولد الا بعد غنى الاب (مسئلة) وأما اذا قال داري بهذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففي المجموعة عن عبد الملك فيمن تصدق على ولده الذين هم أحياء ثم على أعقابهم فهو على قوله فاذا انقرضوا فعلى أعقابهم ولو قال وأعقابهم دخل العقب مع الاعلى ووجه ذلك ان ثم في العطف للترتيب فيقتضي ذلك ان يبدأ الاولون ولا يكون لمن بعدهم شيء الا بعد انقراضهم وأما الواو فهي للجمع فاقتضت التشريك والله أعلم

(الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة)

قال مالك رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكرا كان أو أنثى وليس ولد البنات عقبا ذكرا كان أو أنثى وقاله عبد الملك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ويجمع ذلك ان كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى فليس بعقب وقاله ابن شهاب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وأصل ذلك عندي ان عقب الرجل من انتسب اليه وولد البنات لا ينسبون اليه ولذلك لا يقال لعبد الله ابن عباس الهاشمي عبد الله بن الحارث الهلالي وان كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية ومن كان أبوه من العرب وأمه من الروم لا يقال له الرومي ولا ينتسب الى الروم (مسئلة) فأما الولد فانه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور ذكورهم والاناث اناثهم وقد قال مالك في المجموعة من حبس على ولده وولد ولده لم يدخل فيه ولد البنات لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في المواريث قال عبد الملك وابن كنانة فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم قال عبد الملك والصدقة على الولد والعقب سواء واحتج أشهب لذلك بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ولا خلاف ان ولد الولد كالولد في رد الام الى السدس ولا تأثير في ذلك لولد البنات قال أبو عبد الله بن العطار هذا قول مالك وكانت الفتوى عندنا يريد بقرطبة ان ولد البنات يدخلون في ذلك وقضى به محمد بن اسحق بن السليم وبه يفتي أكثر من كان في زمانه قال وكذلك الاعقاب يدخل فيه ولد البنات الا في قوله بني وبني بني وولدي وولد ولدي أبين (مسئلة) وأما البنون فانه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم واناثهم قال مالك ومن تصدق على بنيه وبني بنيه فان بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن حبس على بناته فان بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنت لا يدخلون في البنين وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحسن ان ابني هذا لسيد فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والاخبار بمحاسنه لا على معنى النسبة واطلاق اللفظ فاذا حبس على نسل فلان قال أبو عبد الله بن العطار انه كقوله ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك ودخولهم على ظاهر لفظ المحبس (مسئلة) وأما الذرية فقد قال أبو عبد الله محمد بن العطار لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف الى قوله وزكريا ويحيى وعيسى فجعل عيسى من ذرية ابراهيم وان لم يكن ولد ابن وانما هو ولد بنت (مسئلة) وأما الآل فهم الأهل قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبات والاخوات والعمات ولا يدخل في ذلك الخالات ومعنى ذلك عندي العصبة أو من كان في قعددهن من النساء وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقا مسماة من

حائطه فهلك ولد من ولد ذلك الرجل وولد له آخر فانه يدخل فى ذلك الحبس ومار وى عن مالك بن أنس أنه قال فى قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد ان آل محمد كل تقى واحتج بقوله تعالى أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يحمل عليه اللفظ بادلة اقترنت به صرفته عن ظاهره واطلاق اللفظ يقتضى ماقدمناه أولا وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل فى الأهل من كان من جهة أحد الأبوين بعدوا أوقربوا ولو قال على آباء دخل الآباء والأمهات والاجداد والجدات بعدوا أوقربوا وكذلك العمومة قال الله عز وجل نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق وقد اختلف فى الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا وهذه المعانى انما وردت على سبيل المجاز ومقتضى مذهب مالك حقائقها أوعرف استعمالها الغالب على حقائقها (مسئلة) وأما القرابة ففى الموازية والمجموعة عن مالك من أوصى بمال لاقاربه انه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد * قال مالك فى العتبية ولا يدخل فى ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وروى على بن زياد عن مالك يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه وقال أشهب فى المجموعة ان كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أوغير محرم فهو ذوقرابة وقد ذكرت ذلك فى الاستيفاء مستوعبا وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الموالى فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه فان موالى مواليه يدخلون معهم وكذلك موالى ابنه وكذلك موالى أبيه وروى عنه وهب يدخل فيه أولاد مواليه وجه القول الأول انهم لاينتسبون اليه ولاهم فى قعدد عصبته ووجه القول الثانى ان العمات والخالات يناسبونه الى أحد جديه وذلك يقتضى القرابة ويلزمه على قوله فى بنات الأخ أن يدخل فى ذلك بنو الخالة الا أن يكون لجنبة الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبة الأم لأن جنبة الأب فى القرابة لها وجه الا أنه لم يفسر ذلك تفسيرا يتميز به القرابة من غيرها (مسئلة) ولو حبس على قومه أوقوم فلان فقد قال الشيخ أبو اسحق ذلك على الرجال خاصة من العصبة دون النساء واحتج على ذلك بقوله تعالى ياأيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولانساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ففرق بين القوم والنساء قال زهير

وماأدرى وسوف إخال أدرى * أقوم آل حصن أم نساء

(مسئلة) فان قلنا انه يدخل فى موالى أمه موالى بنيه وأبيه ففى المجموعة فيمن حبس على مواليه فانه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد والأم والجدة والاخوة ولايدخل فيه موالى بنى الاخوة والعمومة ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة وجه هذا القول الأول ان من يعتق عليه بالتعصيب فان مواليه يدخلون فى اطلاق لفظ موالى المحبس ومن لايعتق عليه بذلك فأخواله لايدخلون فى اطلاق لفظ الموالى (فرع) فاذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء ففى المجموعة انه يبدأ بالأقرب ويؤثر على الأبعد اذا استووا فى الحاجة وان كان الأقرب غنيا أوثر المحتاج الأبعد عليه وقاله مالك فى العتبية فى موالى الأب والابن

(الباب الخامس فى قسمة منافع العمرى والحبس)

فأما العمرى والحبس الذى تقدم معناه أنه اذا كان على معينين فانهم فيه بالسوية وقد قال فى المجموعة ماحبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أوثمر نخل فذلك بينهم بالسواء وللذكر مثل ماللانثى قال

ابن القاسم فى الموازية من حبس على قوم معينين دون تعقب فان حق الغائب منهم ثابت فى السكنى وحاضرهم وغائبهم سواء وقال ابن المواز وفقيرهم وغنيهم سواء وأما العمرى والحبس على غير معينين ففى المجموعة عن مالك من حبس على قوم وأعقابهم فانه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولى ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذو الحاجة على الغنى فى الحبس الا بشرط من المحبس ووجه القول الأول ان معنى الحبس القربة وايثار ذوى الحاجة يقتضى القربة الا أن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا و بين الحبس المختص بالمعينين على هذا القول ان من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم واذا أفرد غير معينين وأضافهم الى معينين فقد علم انه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لانه لا يمكن ذلك فيهم فكان ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم ووجه قول عبد الملك ما احتج به من أن المحبس تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج (فرع) اذا ثبت ايثار ذوى الحاجة ففى الموازية لابن القاسم عن مالك فيمن حبس على الفقراء أو فى سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى وفى قرابته غنى لا يعطى منه ولكن ذوى الحاجة وفى المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغنى شيأ ويعطى المتوسط بقدر حاله فان كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القربة وسد الخلة وذلك مختص بذوى الحاجة وأما المسد فهو الذى له كفاية ورب ما ضاقت حاله بكثرة عياله وأما ولد الغنى لا مال له فهو فقير واذا بلغ صحيحا فلم يلزم الأب الانفاق عليه فهو من الفقراء وذوى الحاجة (فرع) واذا تساوى أهل الحبس فى الفقر أو الغنى أوثر الأقرب ويعطى الفضل من يليه وان كان الأبعد غنيا أوثر الفقير الأبعد ذكره ابن عبدوس فى المجموعة ووجه ذلك انه لما قصد بالحبس قرابته كان للقريب تأثير فى الايثار الا أن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر لانه مقصود الصدقات والأحباس وهذا اذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر ولا يفضل عن فقرائهم شئ فانه يصرف الى الأغنياء وقد رواه عيسى عن ابن القاسم ووجهه أن الحبس لا يختص بالفقراء ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى وانما يؤثر الفقراء فان فضلت فضلة جاز صرفها الى من شرك الفقراء فى معنى الحبس من الأغنياء (فرع) والذكر والأنثى فى الحبس سواء قال ابن حبيب وهو قول مالك وأصحابه الا أن يكون بشرط ووجه ذلك ان لفظ التشريك يقتضى التسوية ولذلك قال الله تعالى فى الاخوة للام فهم شركاء فى الثلث وسوى بين ذكورهم واناثهم فى ذلك الثلث (مسئلة) واذا قسم الحبس بين أهله من غلة وسكنى فليس على كثرة العدد وليبدأ بأهل الحاجة قال ابن كنانة فى المجموعة ولو بدر الى سكنى الحبس بعضهم فليس ذلك بالبدار ولكن المقدم أحوجهم وأقربهم من المحبس وروى عيسى عن ابن القاسم ان تساووا فى الغنى والحاجة فمن سبق الى سكناها منهم فهو أحق ولا يخرج لمن بقى وليس على عددهم ولكن بقدر كثرة العيال وليس الأعزب فى السكنى كالمتأهل المعقب رواه عيسى عن ابن القاسم فأما ان كان بعضهم غائبا والحاضر أولى منه بالسكنى لان الغائب لا يمكنه سكناه فكان الحاضر أولى به لانه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه ومعنى ذلك أن المعانى المؤثرة فى التقديم الحاجة والقرابة والبدار والحاجة مقدمة فان تساووا فى الحاجة والقرابة فمن بادر الى السكنى كان أحق به وفى معناه ان الحاضر أحق من الغائب لان الحاضر بادر الى السكنى قبله والاعتبار

في ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فاذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فمعناه أن يغيب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحد لأحد الا أن يخرج في سفر انقطاع ولو خرج مسافرا فعرض له بعض مايعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه الى أن يعود ولو انتقل اليه أحد من أهل الحبس رد الى منزله وأخرج من كان دخل فيه قاله مالك واذا سكن بعضهم لحاجته ولحضوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لم يخرج أحد منهم لقدوم الغائب ولا لحاجة غيرهم من أهل الحبس والغائب والمسافر كالحاضر في ابتداء القسمة أو بعد ذلك (مسئلة) ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه فبلغ فان كان قويا يمكنه الانفراد عن أبيه فله مسكنه من الحبس وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه فأما من ضعف عن الانفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فمن تزوج منهم فله حقه في المسكن وهذا في الذكور وأما الاناث فلا مسكن لهن وان بلغن لانهن في كفالة الأب قاله عبد الملك في المجموعة (مسئلة) وأما الكراء والغلات من الثمر وغيره فان حق من انتجع أوغاب لا يسقط حقه من السكنى اذا لم يكن فيه فضل قاله ابن المواز وابن القاسم

(الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت)

وذلك يكون على ضربين انتقال الى من هو من جملة من حبس عليهم وانتقال الى غيرهم فأما الانتقال الى المحبس أو المعمر عليهم فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الابهام فان كان بلفظ الاشاعة فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم فمات بعضهم فان ما كان للميت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقرضوا وذلك في الاحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة كان مرجع ذلك الحبس الى صاحب الأصل أو غيره أو الى السبيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان مالا ينقسم من دار أو عبد فنصيب الميت يرجع على أصحابه ونحوه روى ابن وهب عن مالك قال سحنون وكذلك روى عنه جميع الرواة وقاله المغيرة فيما ينقسم وما لا ينقسم الا ابن القاسم فانه أخذ برجوع مالك في هذا بعينه فقال يرجع على من بقى منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم وجه القول الأول ان جميعهم في لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيه يقتضى أن يكون لمن يستحق الاسم ويتناوله حتى ينقرضوا ووجه القول الثاني ان كونه مما ينقسم يقتضى اختصاص كل واحد منهم بحصته وذلك يمنع رجوع حصته الى اشراكه ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته (مسئلة) اذا ثبت ذلك وراعينا ماينقسم فان مطرفا قال عن مالك في المسكن ان جزأ المحبس الدار بينهم فنصيب الميت راجع الى رب الدار وان جزؤها هم بينهم فنصيب الميت راجع الى أصحابه وقال سحنون ان هذا فيما لا ينقسم لان سكناهم الدار سكنى واحد واختدامهم العبد كذلك قال وقال عبد الملك وما كان من غلة تنقسم أو دار تكترى أو عبيد مخارجين فان نصيب من مات منهم يرجع الى من اليه المرجع وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن حبس خادما على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم فان مات منهم أحد فنصيبه على من بقى ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة وهذا على حدة فنصيب من مات للمحبس وفي المجموعة والموازية قال محمد وهذا على ماذكرنا من التفسير الأول ولو جعل ذلك على أهل بيت واحد أو المجتمعين ونصيب كل واحد معروف فلا يرجع نصيب الميت على أصحابه ولو حبسه

على المفترقين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون فى العتبية اذا قال غلامى يخدم فلانا يوما وفلانا يوما وفلانا يوما فهذه قسمة من مات منهما رجع نصيبه الى أصحابه (مسئلة) اذا ثبت مراعاة القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضى مراعاة قسمة المعطى ذلك بينهم فى نفس العطية وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضى أن المراعى فى ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبيد الخارجين والغلة تنقسم والدار تكرى وهو قول العراقيين من أصحابنا ورواياتهم عن المذهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار قسمة المعطى عند العطية فهذا حكمه اذا بين (فرع) فاذا أبهم فقد روى ابن المواز عن مالك انه على الاشاعة حتى يبين ووجه ذلك ان لفظ الابهام يقتضى الاشتراك والاشاعة فحمل عليه وأما اذا كان على وجه التعيين ومعناه أن يعين الحظوظ فيسمى لكل واحد يوما معينا أو نصيبا مسمى أو سكنى معروفة فان نصيب من مات منهم يرجع الى صاحب المرجع رواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع الاشتراك ويجعل حكم كل انسان منهم يختص به فاذا توفى استحق ما كان له صاحب المرجع (مسئلة) وهذا اذا كان التحبيس أو التعمير على معينين فان كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم فهذا ان بقى منهم واحد أخذ جميع الغلة اذ لا منازع له فى صفة التحبيس وقد قال ابن كنانة فمن حبس على امرأتين وعقبهما فههنا يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع قال الشيخ أبو القاسم من حبس حبسا على رجلين حياتهما ثم لرجل بعدهما فى وجه آخر فمات أحد الرجلين رجع نصيبه ما على الآخر وقد قيل يرجع نصيب الميت منهما فى الوجه الثانى والله أعلم وأحكم

(فصل) واذا كان الحبس حائطا فمات أحد من أهل الحبس فلا يخلو أن يموت قبل الابار أو بعده وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح وقبل القسمة أو بعد القسمة فان مات قبل الابار فقد قال مالك وأصحابه لا شئ له من الثمر ولا لورثته وان مات بعد الابار فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم لا شئ له ولا لورثته من الثمرة وهى لمن ولد بعد الابار وقبل بدو الصلاح وقال أشهب هى لورثته من مات بعد الابار ومن مات قبل الابار فلا شئ له منها ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفى المعمر يموت وفى الحائط ثمرة قد أبرت انها لورثته وجه القول الاول انه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها فوجب أن يتعلق ببدو الصلاح كالزكاة لان من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بأكلها رطبا لانه انتفاع مقصود فلولا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها ووجه قول أشهب انها عطية فوجبت بالابار كالصدقة المبتلة فقد قال مالك وابن القاسم يستحق فيها بالابار فكذلك هذا (مسئلة) وأما بعد بدو الصلاح وقبل القسمة فالذى ذهب اليه مالك وابن القاسم ان من مات منهم بعد بدو الصلاح فنصيبه لورثته ومن ولد بعد بدو الصلاح فلا شئ له من تلك الثمرة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فمن حبس على ولد فلان فان الغلة تقسم على من كان حيا أو مولودا يوم تقسم الثمرة وفى المجموعة عن ابن كنانة فمن حبس على قبيلة انه ان مات بعضهم بعد طيب الثمرة وقبل القسمة فلا حق له ومن ولد قبل القسم قسم له وأما ان حبس على قوم معينين مسمين باسمائهم ممن أدرك طيب الثمرة فحقه فيها ثابت وجه القول الأول ما قدمناه ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة انما يكون بعد القسمة والاحباس موضوعة على انها تستحق بامكان الانتفاع كالسكنى (فرق) والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم ان الصدقة

أقوى لانها معينة ومتعلقة بعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتميز من يستحق الثمرة فانما يكون بعد بدو الصلاح لانه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فحرثها ثم مات فربها مخير ان شاء أعطى الورثة كراء الحرث أو سلمها اليهم بكرائها تلك السنة ولو مات وفيها زرع فلورثة الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك ان لعقد العمرى والحبس عقد لازم لانه هبة للمنافع بالعمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود وعند التحبيس والثانى على موجود فاما ان كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيد أو عليه وعلى عقبه وواحد ممن أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى فقد امتنع البيع بنفس العقد فان كان جميعهم غير موجودين مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع مالم يلد فاذا ولد له فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد ولو أجزت له هذا الأجزت له أن يبيع اذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يولد له غيرهم قال ابن الماجشون بل هو حبس وجه قول مالك ان الحبس لم يتعلق به قبول أحد فيلزم سببه وربما من ذكر فيه لا يخلو فاذا ولد له فقد تعلق حق المولود به فلم يجز له بيعه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه الى من يصح وجوده ويتوقع لزوم حقه وعلى ذلك عقد الحبس فليس له نقضه ما لم يؤيس من وجود المحبس عليه لان ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فاذا يئس منه علم ان الحبس لم ينفذ بصرفه الى من قد ظهر انه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك ان عقد الحبس عقد يلزم وان لم يذكر من حبس عليه فلو قال حائطى حبس للزم وأكثر ما في قوله حائطى حبس على ولدى ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبس عليه وذلك لازم ويوجب تصرفه الى من قربت الشريعة رده اليه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فيمن قال صدقتى هذه على ولدى ولا ولد له فهى حبس تخرج عن يده الى يد ثقة وثمرتها بعد ذلك حبس فان مات قبل أن يولد له رجعت هى وغلتها الى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك انه لما كان عقد الحبس لازما وقد تعلق بمن لا يجوز له لزم اخراجه من يده ليصح الحوز فيه فان حدث له بعد ذلك ولد رد اليه لانه يصح حوزه له وقال غير ابن الماجشون ولا يضر ذلك من مرجعه اليه لان الحوز قد تم فيه (مسئلة) اذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقد لزم على قول مالك وليس له بيعه ولا الرجوع فيه فان باعه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار ثم من بعدهم على المساكين ثم تعدى فباعه مقابضة أو بعد طول زمان كان البيع منقوضا ويرد الى الحبس ولا ينظر الى توانى هؤلاء في قبضه لانها بعدهم على المساكين فان أعدم بالثمن اتبع به ووجه ذلك ان عقد الحبس لازم فلا يحيله عن مقتضاه تعدى المحبس فيه ويجب نقض بيعه ويتبع بالثمن في ذمته كما لو استحقه أجنبي لان ما باعه قد استحق عليه (مسئلة) ومن بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه ثم باعه أو تصدق به على من هدمه وبناه دارا فليفسخ ذلك ويرد الى ما كان عليه من الحبس لان المسجد لله لا يباع ولا يغير قاله مطرف ومعنى ذلك ان المسجد من جملة الاحباس اللازمة بل هى أوكدها لانها خالصة لله تعالى ومضافة اليه لقوله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها وأما قول مطرف من بنى مسجدا يريد على الصورة المختصة بالمساجد قال ثم هدمه المبتاع وبناه دارا يريد انه نقله الى صورة الدور وقوله

لم يرد بعد الفسخ الى ما كان عليه يقتضي عندي ان المسجد بنيانا مخصوصا يمنع من يريد التملك من بنيانه و يمنع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة و يمنع من أراد بنيان المساجد من أن يعدل عنها لما في ذلك من السيئة والذريعة الى تملك المساجد وترك تعظيمها والله أعلم وأحكم (فرع) وقوله من بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه ير يد اباحته لمن صلى فيه فان ذلك مما يلزم به تحبيسه وان كان لم يتلفظ بالتحبيس ولو تلفظ به للزمه ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما في المدونة انه لا يلزمه لمجرد البنيان وفي هذا عندي نظر وقد كان يجب أن يلزم لمجرد البنيان لانه لا تتم الحيازة فيه الا باباحته واقام الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس و بينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يجعل بيد قيم سواء كان باب المسجد داخل باب داره يغلق عليه أو خارج الباب و يحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد اللسان لمن جوز أن يبنى مثل هذا البنيان في داره مسجدا لنفسه وأهله فلا يكون بذلك حبسا والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته فان ذلك تبع له وكذلك سلاسله وقناديله و بنيانه وجذوعه ما انكسر منها رد اليه (مسئلة) ومن حبس حبسا وعليه دين قبل الحبس واستحدث دينا بعد الحبس فقام أهل الدين قال سحنون قد قيل يباع منها للدين القديم و يدخل معهم أهل الدين الثاني ولا يباع منها غير ذلك وقد قيل اذا دخل معهم الآخرون بيع للأولين بقدر ما انتقصهم الآخرون ثم يدخل عليهم الآخرون وهكذا أبدا حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس وكذلك لأصحابنا قولان (مسئلة) ولو كان رجلان حبس على كل واحد منهما حبس منفرد لم يجز لهما أن يتناقلاه وهو كالبيع رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة ووجه ذلك انه عقد لازم فلم يصح فيه المبايعة والمناقلة نوع من البيع والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كانت أرضا محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فارادوا أن يوسعوا و يدفنوا و بجانبها مسجد فارادوا أن يدفنوا فيه ميتا فلا بأس بذلك وذلك حبس كله قاله ابن الماجشون وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت فلا بأس أن يبنى فيها مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه اذا كان الحبسان لله تعالى لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس بصرف بعضها الى بعض على الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة الى المسجد و يدفن الميت في المسجد على سبيل التوسع فاما ما كان للمخلوقين من الحقوق فلا يصح لانه من باب البيع لانه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك الى مالك غيره و في مسئلتنا لا ينقل من مالك الى مالك وانما ينقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله لله تعالى (مسئلة) واذا كانت الدور المحبسة حول المسجد واحتاج المسجد الى سعة فلا بأس أن يشترى دور الحبس ليوسع بها المسجد والطريق لانه نفع عام أعم من نفع الدار المحبسة قاله ابن حبيب عن مالك قال ابن الماجشون وذلك عندي في مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل وقاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه قول ابن الماجشون ومن معه أن الاحباس انما تغير الى المنافع العامة دون الخاصة وذلك في مثل الجوامع وأما مساجد القبائل فانها خاصة و يصح أن يكون في البلد الواحد منها كثير فتى ضاق مسجد بنى بالقرب منه مسجد يتسع فيه ولا يصح ذلك في الجوامع وأما على تجويز مالك ذلك في الطرق فيصح ذلك في مساجد القبائل وغيرها (مسئلة) وعقد الحبس لازم مؤبد فلا يجوز بيع شئ من الاحباس خلافا لابن حنبل في تجويز ذلك ورواه ابن وهب عن ربيعة والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك فانه قال و بقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك ودليل آخر وهو ان ما لا ينقل الحبس عن مقتضاه اذا لم تخرب فانه لا ينقله عن مقتضاه وان خرب كالغصب

(مسئلة) ومن كان له حائط وفيه نخل قد حبست بمائها فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت وفي مائها فضل فقد قال مالك في الموازية وغيرها لايباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله وان غلبت عليها الرمال وروى ابن القاسم عن مالك لاتباع الدار المحبسة وان خربت وصارت عرصة وقد قال في الموازية ماخرب من الحبس وانتقل الى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله بيعه والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه انه لايجوز في الرباع بحال قال الشيخ أبو اسحق ولاينافل الوقف وان خرب ماخوا اليه وقد تعود العمارة بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لايباع بعض الوقف ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به (مسئلة) وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لاتنقل ولاتحول فاما ماينقل كالحيوان والثياب فقد قال مالك في المجموعة في الفرس المحبس يضعف فلا يبقى فيه قوة للغزو ولا بأس ببيعه ويجعل ثمنه في آخر قال ابن القاسم وان لم يبلغ شورك به والثياب تباع ان لم يبق فيها منفعة ويشترى بثمنها ماينتفع به وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لايجوز ذلك ولو كان غير هذا لبطلت الاحباس وجه القول الأول ان هذا فساد بين من صلاحه ولاترجى عودته الى ما كان عليه وليست كذلك الرباع فانها تعمر بعد الخراب فلذلك لم يجز بيعها ووجه قول ابن الماجشون ان هذا حبس فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع (مسئلة) واذا حبس الرجل جزأ مشاعا من دار أو حائط وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع فقال ابن الماجشون ان كان ينقسم بقاسم فاوقع للحبس كان حبسا ووجه ذلك أن المحبس اذا حبس جزأ مما لاينقسم قد كان حق شريكه ان أراد البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه (فرع) واذا بيع الحبس بما ذكرناه أولان السلطان اشترى ذلك فأدخله في موضع أو مسجد فقد قال مالك وابن القاسم يشترى به دور مكانها من غير أن يقضي به عليهم وقال عبد الملك يقضي ولو استحق الحبس فأخذ ثمنه فليصنع به المحبس ماشاء وجه القول الأول انه معنى أوجب اخراج ماحبس عن المحبس والرجوع بثمنه فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالاستحقاق ووجه قول ابن الماجشون ان المحبس اذا حبس مايملك فقد تعلق حق المحبس بتلك العين على اللزوم فاذا وجب اخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جملة لزم أن يجعل ثمنه في بدله لان التحبيس حق لازم وكذلك الاستحقاق فان الاستحقاق قد بين ان الحبس لم يتعلق بتلك العين لان المحبس حبس مالا يملك فلم يتعلق به الحبس (مسئلة) وأما العمرى فانه يجوز للمعمر أن يشترى به مرجع الدار المعمرة وفي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما انه يجوز للمحبس أن يشترى من ابن أخيه مرجعها لانها عمرى

(الباب الثامن فيمن تعود اليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر والمحبس عليهم)

فأما العمرى والحبس مما حكمه حكم العمرى فانها تعود الى صاحبها الأصلي ان كان حيا فان كان ميتا فالى ورثته يوم مات لانه لم يخرجه عن ملكه اخراجا مؤبدا وانما أخرجه اخراجا مؤقتا كالاجارة وقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه فيمن أعمر دارا أو خادما لفلان وعقبه ماعاشوا ولم يقل مرجعها اليه ولا الى وجه ذكره فانها ترجع اليه كما لو اشترطه ووجه ذلك ان منافعه لم يملكها مؤبدا وانما أخرج منها شيأ مؤقتا على غير لفظ القربة التي تقتضي التأبيد فبقي الباقي على ملكه (مسئلة) ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم فقد قال عبد الملك ترجع الى ربها ملكا والى ورثته ميراثا قال ابن القاسم وكذلك لو أسكن رجلا حياته وأما الحبس المؤبد الذي لم يجعل له مرجعا فقد قال مالك يرجع الى أولى الناس بمن حبسه حبسا عليهم ووجه ذلك انه لما اقتضى

التأبيد لم يرجع عليه قال ابن كنانة لانه رجوع في الصدقة ولم يكن له وجه معين يرجع اليه فرجع الى أحق الناس بالحبس وذلك أول وجه ينصرف اليه لما يجتمع فيه من الصلة وسد خلة الفقراء وقد روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه وعلى أولادهم فانقرضوا فأحب الى أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا ونحو قال مثله فيمن حبس غلاما على رجل وعقبه لا يباع ولا يوهب فهلك الرجل ولم يترك عقبا يسلك به في سبل الخير موقوفا (فرع) اذا قلنا انها ترجع الى أولى الناس به يوم المرجع قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم فلما رجع ميراثا روعي فيه ورثته يوم مات وأما ما رجع حبسا فلا ولا هم به يوم يرجع ووجه ذلك ان ما يرجع ملكا اليه أو الى ورثته ملكه عليه تام باق لانه انما وهبه منفعته مدة مؤقتة فاذا مات ورثه عنه ورثته وأما ما خرج عنه على وجه الحبس فقد زال بملكه عن جميع منافعه على التأبيد فلا رجوع له اليه وانما يرجع على وجه الحبس الى من يستحق ذلك يوم المرجع لانها منافع لا تورث عنه وانما تؤخذ عنه على وجه الحبس فليأخذها من يستحقها بعد انقراض المحبس عليهم المسمين في الحبس كما لو جعل لهامن جعلها بعد الحبس لم يستحقها من أهل المرجع الا من كان باقيا يوم المرجع دون من انقرض أو من يأتي والله أعلم (فرع) ومن القرابة الذين يرجع اليهم الحبس قال ابن القاسم عن مالك في العتبية اذا انقرض من حبس عليهم رجع الى عصبة المحبس في السكنى والغلة وقال عيسى عن ابن القاسم يرجع الى أولى الناس به من ولد وعصبة وقاله مالك في الموازية (فرع) اذا ثبت أنه يرجع الى العصبة من الرجال فهل للنساء مدخل في ذلك قال مالك في الموازية يرجع الى أولى الناس بالمحبس حبسا عليهم رجالا كانوا أو نساء وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يرجع الى عصبة المحبس قيل له انه ابنة واحدة قال ليس النساء عصبة انما يرجع الى الرجل وقال أصبغ هي كالعصبة لانها لو كانت رجلا لكانت عصبة وأرى ذلك كله لها وجه القول الاول أن الحبس انما يصرف اليهم على وجه الصلة وسد خلة القرابة والبنت من أحق الناس بذلك ووجه القول الثاني انها ليست بعصبة على الانفراد فلم تستحق شيأ من ذلك بالقرابة كالخالة (فرع) فاذا قلنا ان للنساء في ذلك مدخلا فقد قال مالك في الموازية كل امرأة لو كانت رجلا كان عصبة للمحبس فهي ممن يرجع اليه الحبس ولا يدخل فيه بنو الأخوات ولا بنو البنات ولا زوج ولا زوجة قال ابن القاسم انما يدخل من النساء مثل العمات والجدات والاخوات للأب أو للأب والام وبنات الأخ ولا يدخل الاخوات للام ذكرا أو أنثى وتدخل الام وروى أشهب عن مالك لا تدخل الأم وقال عبد الملك لا يدخل فيه من النساء الا من يرثه وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والاخوات وأما الام فلا تدخل فيه لانها ليست من حرم نفسه وأما العمات وبنات العم وبنات الاخ فلا مدخل لهن فيه وفي العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم أن الحبس انما يرجع من النساء الى من يرثه دون من لا يرثه من عمة وخالة ونحوهما وجه قول مالك أن مكانهن مكان التعصيب وللنساء مدخل في مرجع الحبس فلما كان الرجال يدخلون فيه بالتعصيب وكان للنساء فيه مدخل ولا تعصيب لهن اعتبر فيه فقد التعصيب ووجه قول ابن الماجشون أن من لا مدخل له في الميراث فلا مدخل له في مرجع الحبس كالأجانب وأما الام فان ابن القاسم أدخلها في مرجع الحبس على ما تقدم من أصله لان موضعها موضع الاب ومنع من ذلك أشهب في روايته عن مالك لانه لا يتصور فيها أن يكون رجلا بخلاف بنات الاخ والعمات (مسئلة) وسواء كان أهل المرجع ذكورا أو اناثا قاله مالك في الموازية فان كان أخا وأختا فهو بينهما بالسواء كان كان قد شرط

فى حبسه للذكر مثل حظ الانثيين قاله عبد الملك فى المجموعة ووجه ذلك انه راجع اليهن بمعنى التشريك فى الحبس لا على معنى التوارث (مسئلة) فان كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات أولى من العصبة ويدخل مع البنات الأم والجدة للاب دون الزوجة والجدة للام قاله ابن حبيب عن ابن القاسم قال وان رجعت الى اخوة دخل معهم الاخوات وان رجعت الى أعمام دخل معهم العمات وان رجعت الى بنى أخ دخل معهم بنات الاخ وان رجعت الى بنى عم دخل بنات العم وان رجعت الى ولد المولى المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وكذلك فى العصبة الاقرب فالأقرب فان كانوا مواليه فهم عصبة ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفى العتبية من سماع ابن القاسم يدخل النساء مع العصبة فى السكنى والغلة ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن عبد الرحمن ابن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ومايقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيي وسمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمرى ترجع الى الذى أعمرها اذا لم يقل هى لك ولعقبك ﴾ ش يحتمل أن يكون مكحول انما سأل القاسم بن محمد عن العمرى لما بلغه فيها من اختلاف الناس و يحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله فأراد أن يعلم ماعند القاسم من ذلك ليأخذ به أولينظر فيه وقوله عن العمرى ومايقول الناس فيها يحتمل أن يسأله العمرى ويعلمه بقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك و يحتمل أن يريد انه سأله عن العمرى وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس فقال ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم والظاهر انه أجابه على حسب سؤاله ولو كان سأله عن الحكم خاصة لأجابه بما عنده فى ذلك

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم فى أموالهم معناه ان المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وافراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه كان شرطه تاما وكانت عطيته على ماشرط لاتتجاوز ذلك وقد بين ذلك مالك بقوله ان الامر عندنا على ذلك يريد ان الحكم جار عندهم يريد علماء المدينة بأن العمرى ترجع الى الذى أعمرها يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها لان العطية انما تعلقت بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمرى الذى يقتضى التوقيت

(فصل) وقوله اذا لم يقل هى لك ولعقبك فاذا قال هى لك ولعقبك فان جواب ابن القاسم وتفسير مالك غير متناول لهذا اللفظ فيجب أن ينظر فى حكمه وفى الموازية من قال دارى هذه لفلان ولعقبه فليس له أن يستهلكها ولا يقطع منفعتها عن عقبه وله غلتها ومنافعها دون ضمان عليه فى شئ من ذلك قال محمد لانها دار ولو كانت مالا أوشيأ يغاب عليه لضمن وجه ذلك ان قوله دارى هذه لفلان ولعقبه يقتضى التمليك لان ظاهر اضافته اليه يقتضى التمليك وقوله لفلان أولفلان وعقبه يقتضى أيضا تمليك الرقبة لتضمنه التأبيد ولو اقترن به مايدل على المنافع من قوله عمرى أوسكنى يحمل على المنافع أو وقت ذلك بزمن فقال هى لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يحمل على المنافع لان ملك الرقبة لايتوقت (مسئلة) وأما التعقيب فلا يمنع تمليك الرقبة بمجرده لانه يقتضى التشريك فى المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة الى آخرهم ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها لان ذلك فائدة ملكه لها فلا تصل الى آخرهم ولكنها كما صارت بيد انسان بقيت عنده مراعاة فان جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذى ملك الرقبة وان لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأة فلا

* مالك عن يحيي بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ومايقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الاوهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيي سمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمرى ترجع الى الذى اعمرها اذا لم يقل هى لك ولعقبك

يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ الى حد سن اليأس من أن يولد له كالمجبوب ونحوه فبين بذلك انه هو الذي قصد بالتمليك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى انه له ﴾ ش قوله ان عبد الله بن عمر ورث من حفصة دارها يريد انه ورثها وانتقلت اليه عنها بالميراث وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد ابن الخطاب تلك الدار ما عاشت وهذا معنى العمرى فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار يريد بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت فرأى عبد الله بن عمر انه قد انقطع بذلك حكم العمرى فان ما تقدم فيها من العمرى لم يخرجها عن ملك موروثته ولا منعه من تملكه بالميراث عن حفصة وهذا مذهب مالك رحمه الله وقول جماعة من أصحابه فان سلمه من يخالف ذلك قسنا عليه ما كان عمرى للمعطى ولعقبه وحملناه عليه لأن لفظ العمرى فيه وفي عقبه سواء فاذا لم يملك بالعمرى لمعين فكذلك لا يملك بالعمرى له ولعقبه وان لم يسلموا فهو تفسير حديث النبي صلى الله عليه وسلم ومبين لمعناه ومقرر لحجة مالك فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الابل فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها ﴾ ش قوله جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة يحتمل أن يكون سأله عن جواز أخذها ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها وما يلزم فيها وما يجوز لمن أخذها فأما جواز أخذها فقد روى نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة فلا يأخذها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك انه قال لا أحب أن يأخذها من وجدها الا أن يكون لها قدر وقال في موضع آخر أو للذي رجع وأما الشيء الذي له بال فأرى له أخذه وروى عنه أشهب أما الدنانير وشيء له بال فأحب الى أن يأخذه وليس كالدرهم وما لا بال له لا أحب له أن يأخذ الدرهم ومعنى ذلك ان الشيء الكثير الذي له بال يخاف عليه الضياع ان تركه فأخذه له على وجه التعريف به والحفظ له الى أن يجده صاحبه من أعمال البر وأما الشيء اليسير فانه في الاغلب يؤمن عليه فان من يجده لا يسرع اليه وبقاؤه مكانه أقرب الى أن يعود صاحبه فيجده ولو أخذه الملتقط لتكلف من تعريفه ما عليه فيه مشقة وربما ضيع ذلك لقلة اللقطة وتفاهتها وان العادة جارية بأن من سمع خبرها لا يكاد أن يبلغه ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة التي لها بال فان العادة جارية بأن من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها الى صاحبها وأما من التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك فقد قال مالك في العتبية ان كان في طريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به وان كان في مدينة فلينتفع به ويعرفه وأحب الى لو تصدق به فان جاء صاحبه أداه اليه وفي سماع أشهب فيمن وجد العصا أو السوط قال لا يأخذه فان أخذه عرفه فان لم يعرفه أرجو أن يكون خفيفا ولو وجد بقرية عرف بها فان عرفت والا تصدق بها وضمن قيمتها لربها ومعنى ذلك انه اذا كان بطريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به لأن ذلك هو الموضع

---

* مالك عن نافع ان عبد الله ابن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال فكانت حفصة قد اسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى انه له

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

* مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها

الذي يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته وعليه يسلك من يسمع التعريف ممن يمضي الى موضع صاحب اللقطة في الاغلب فيكون أقرب الى معرفة صاحبه به وأما ان كان بمدينة فلا يخرج اللقطة عنها لأن صاحبها بها يطلبها كان منها أو غيرها وأباح له الانتفاع بها ان كان ذلك لا يتلفها ولا ينقصها قبل الحول وأما بعد الحول فعلى وجه الضمان لها وقد روى سويد بن غفلة قال كنت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان في غزوة فوجدت سوطا فقالا الى ألقه قلت لا ولكني ان وجدت صاحبه والا استمتعت به فلما رجعنا حججنا فمررنا بالمدينة فسألت أبي بن كعب فقال وجدت صرة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فيها مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها حولا ثم أتيت اليه فقال عرفها حولا ثم عرفتها حولا ثم أتيته فقال عرفها حولا ثم أتيته الرابعة فقال اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والا استمتع بها وقال بعد ذلك سويد بن غفلة لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا (مسئلة) فان أخذ اللقطة فان ذلك لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يأخذها ولا يريد التقاطها والثاني أن يأخذها ملتقطا لها فأما الاول فان يجد ثوبا فيظنه لقوم بين يديه فيأخذه فيسئلهم عنه فلا يدعونه فهذا الذي له رده حيث وجده ولا ضمان عليه فيه قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تعدى عليه وانما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة والوجه الثاني أن يأخذها ملتقطا لها وبذا قد لزمه عند ابن القاسم حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان أخذها قال ابن القاسم يضمنها وقال أشهب لا يضمنها ان ردها في موضعها بقرب ذلك أو بعده فلا اشهاد عليه في ردها وعليه اليمين لردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن وجه القول الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عليه بالتعريف بها فان جاء صاحبها أداها اليه ولم يقل له اتركها في موضعها كما قال في ضالة الابل مالك ولها ولأنه لما قبضها ملتقطا لها وقد أزالها عن الغرر الى حالة يؤمن عليها فيها فان ردها الى موضعها فقد أعادها الى الغرر فعليه ضمانها كمن أخرج صبيا لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك ثم رده فيها فهلك فانه يضمن أو أخرج ثوبا من النار قبل ان يحترق ثم رده في النار فاحترق ووجه قول أشهب انه لم يأخذها على وجه التعدي والضمان فاذا أعادها الى موضعها فتلفت فيه فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أولا فتلفت فيه فلا ضمان عليه كضالة الابل (مسئلة) ولو دفع الملتقط اللقطة الى غيره يعرفها فضاعت فلا شئ على الملتقط قاله ابن القاسم قال ابن كنانة وكذلك لو قال له اعمل بها ما شئت ووجه ذلك ان يكون دفعها الى مثله في الثقة والامانة وقد روى ذلك عن ابن القاسم واذا قال له اصنع بها ما شئت وذلك أن يكون دفعها الى مثله فهو قد أعلمه بأصلها فلا يؤثر قوله له اعمل بها ما شئت لأنه ليس للثاني أن يعمل بها الا ما للاول وانما جاز في اللقطة أن يخرجها عن يده لغير ضرورة ولم يجز ذلك في الوديعة لأن المودع دفع اليه الوديعة صاحبها ولم يرض الا بامانته فهو متعد ان دفعها الى غيره وأما اللقطة فلم يأخذها باختيار صاحبها فكانت حاله وحال من هو مثله في الامانة سواء لأن صاحبها لم يعينه لحفظها (مسئلة) ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقد قال ابن القاسم لا شئ عليه قال أشهب وابن نافع عليه اليمين قال أشهب وان ادعى صاحبها فيها انه التقطها ليذهب بها فهو مصدق في قوله التقطتها لاعرف بها فلا يمين ووجه ذلك ان يده يد أمانة فلا ضمان عليه في الضياع ولا طريق الى معرفة ما في نفسه من التعريف بها أو غيره فلو ألزمناه اليمين لارتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليدفع عن نفسه اليمين اذ لا طريق الى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره فلم يجب عليه يمين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها قال ابن القاسم العفاص الخرقة والخريطة والوكاء الخيط الذي تربط به. وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لان الوكاء في كلام العرب ما يربط به وكذلك روي في حديث أبي المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها فجعل مكان العفاص الوعاء وأثبت الوكاء الذي يوكأ به الوعاء فصح انه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم أن يحفظ صفة العفاص والوكاء ويكتم ذلك لينفرد بحفظه وفي النوادر لابن نافع عن مالك انه قال ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا يسميها بعينها ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم أو حليا أو عرضا لكن يعمي ذلك لئلا يأتي مستحل فيصفها بصفة المعرف فيأخذها ويبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها ولم يقل ثم عرف بذلك ولا أبرزها وأظهرها ولو جاز له أن يذكر صفتها لما احتاج الى حفظ العفاص والوكاء ولأغنى عن ذلك اظهارها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة تقدير في حديث زيد بن خالد مدة التعريف بالسنة وفي حديث أبي انه أمره بذلك ثلاث مرات ثم شك في ثلاثة أو واحدة فان ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون شك فلم يأمره كل مرة الا بالتعريف سنة ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني لانه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوي والثاني أن يجمع بين الحديثين فان السائل في حديث زيد بن خالد هو أعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالحق الواجب الذي لا يستبيح اللقطة دونه وأبي بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلائهم ومن أهل الورع والزهد فندبه النبي صلى الله عليه وسلم الى التوقيف عنها أعواما وان كانت مباحة له بعد أول عام لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع الى أكل ما هو مباح بل يتوقف عنه ويستظهر فيه ومن جهة المعنى ان الحول قد جعل في الشريعة مدة للاختبار كاختبار العنين وما جرى مجرى ذلك وهذا في الأغلب مما تتصل فيه الأنباء وترد فيه الأخبار والله أعلم وأحكم (مسئلة) وصفة التعريف قال ابن نافع عن مالك يعرفها كل يومين أو ثلاثة وكلما يتفرغ ولا يجب عليه أن يدع التصرف في حوائجه ويعرفها

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يريد والله أعلم من تعلم انه صاحبها أو يغلب على ظنك انه صاحبها ببينة أو باخباره عما أمرت بحفظه من صفاتها فتدفعها اليه وقال الشافعي لا يدفع الا الى من يقيم بينة بها والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري عن سفيان عن ربيعة عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها والا فاستنفق بها وهذا نص في موضع الخلاف وهذه فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أتى فاخبر عنها بذلك انه صاحبها ودفعت اليه ان الأغلب من حالها انه لا يأتي بصفتها الا صاحبها ومن جهة المعنى انه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله وما يخرج به من نفقته فلم ترد لقطة الا على من يقيم بها بينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه فلا يكاد أن يقوم شيء منه ببينة (مسئلة) والمراعى فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعدد ان كانت دراهم أو دنانير قاله ابن القاسم وأشهب وعند أصبغ العفاص والوكاء وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بن كعب اعرف عدتها

و وكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة فمن وصفها استحق اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة وعاء الدراهم وصفة الوكاء وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول أصبغ مبنى على التعلق بحديث زيد بن خالد وليس فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا يمين أم لا المشهور من المذهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان وصف ذلك كله لم يأخذها الا بيمينه انها له وجه قول ابن القاسم انه ليس هناك من ينازعه فيها ولا من ينازع عنه فلا معنى لهذه اليمين ولانها لو كانت اليمين تجب لغائب لم يصح الا بأمر حاكم ووجه قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من مدع (فرع) وهل من شرط دفعها اليه أن يأتى بهذه الصفات الثلاث قال محمد بن عبد الحكم لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها الا فى معنى واحد أن يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث دفعت اليه وقال أصبغ ان عرف العفاص وحده فليستبرأ فان جاء أحد والا أعطيها وما ذكر فى الحديث اعرف العفاص والوكاء ليس على أن يستحقها الا بمعرفتها كما جاز فى شرط الخليطين أصناف تجرى وان انخرم بعضها فالظاهر من قول أشهب انه لا يعطاها بأقل من وصفين انه أقل ما يعتبر فى الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها الا بمعرفة العفاص والوكاء وقول أصبغ ظاهر فى انه يعطاها من أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبد الحكم موافقا له لانه انما امتنع من دفعها اليه اذا أخطأ فى الصفة بان وصف شيأ من ذلك بغير صفته وقد اختلف فى هذا قول أصبغ فقال ان قال فى خرقة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود فقال يستبرأ أيضا أمرها ثم رجع ثم قال هذا كذب نفسه فى ادعائه المعرفة فلا يصدق وانما يصدق لو أصاب فى بعض وادعى الجهالة فى بعض وهذا الذى قال أشهب يدفع اليه لانه قد سمى بعض الصفات وقد قال أشهب لو أخطأ فى صفتها لم يعطها فان وصفها مرة أخرى فأصابها لم يعطها ووجه ذلك ان هذا خارج الى حد التخمين والحزر لانه اذا وصف صفة فأخطأ فلا بد أن يصادف فيأخذ ما ليس له فلذلك يؤخذ بأول قوله ووجه قول أصبغ انها صفات ورد الشرع باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخلطاء (مسئلة) ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده قاله فى العتبية أصبغ وزاد ابن حبيب عنه انه قال ولكنى أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء ويتحالفان فان نكل واحد منهما دفعت الى الحالف وهذا جنوح منه الى الحاق معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء (مسئلة) وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم فقد قال سحنون فى كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة طالبها لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير السكة وقال يحيى بن عمر ما تبين لى قول سحنون وأرى اذا وصف السكة فى الدينار وذكر نقص الدنانير ان كان فيها نقص فأجاب بذلك انه يأخذها وجه قول سحنون ان السكة اذا كانت واحدة بالبلد فهو بمنزلة أن يقول هى دنانير فهذا لا يستحق به شيأ لان الغالب اذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذى لا يجرى فيه غيرها وانما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعروفة فيها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة فى دينار من الدنانير مما لا يكون معتادا ولعله هذا الذى أراد يحيى بن عمر أو يكون ببلد فيه سكك مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف

نقص بعض الدنانير وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتي شرط سحنون والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأنك بها معناه والله أعلم فان جاء صاحبها وهو الذي يصفها أخذها على حسب ما تقدم وهذا اذا كان الذي وصفها واحدا فان وصفها رجلان وتساويا في صفتها حلفا وتقاسماها ومن نكل منهما فهي للآخر فان وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها قال ابن القاسم لا يدفع الدافع اليه شيأ وقاله أشهب وزاد أنه ان كان الثاني وصفها فلا شيء له وان أتى ببينة والأول واصف فصاحب البينة أحق بها ومعنى ذلك ان الأول قد صارت له يد فاذا تساويا كان أحق بها اليد المتقدمة وان أقام الثاني بينة بالملك فبينة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فشأنك بها الاباحة التصرف فيها لما رآه من انفاق أو صدقة أو التمادي على الحفظ وقد روى البخاري من طريق اسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها وان جاء ربها فأدها اليه وروى سويد بن غفلة في حديث أبي أنه أمره بتعريفها حولا بعد حول فدل ذلك على جواز الاستنفاق على معنى الاستسلاف لها وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها ورأى مالك وابن القاسم ان أفضل ذلك أن يتصدق بها فان جاء صاحبها أداها اليه وان لم يأت كان له أخذها الا ان ذلك أنزه وأبرأ من التسرع اليها وترك الاجتهاد في تعريفها ومن استنفقها بعد الاجتهاد في التعريف على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فلا اثم عليه ومتى أتى صاحبها أداها اليه قال صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فأدها اليه قال ابن وهب فان مات ولا شيء له فهو في سعة ان شاء الله لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن له في أكلها (مسئلة) وهذا في الشيء الذي له مقدار فأما الشيء التافه الذي لا قدر له ويعلم أن صاحبه لا يتبعه فلا تعريف فيه وقد قال أشهب في الذي يجد العصا والسوط يعرفانه فان لم يعرف به فأرجو أن يكون خفيفا ومعنى ذلك أن لا ثمن له الا بعض الدرهم وقال أشهب في الدرهم وما أشبهه لا بأس أن يتصدق به قبل السنة وأصل هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه انما امتنع من أكلها مخافة أن تكون من الصدقة ولا تحل له الصدقة ولم يذكر تعريفها (مسئلة) * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي حكم لقطة كل بلد الا مكة فان لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة وعلى صاحبها أن يعرفها أبدا والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما افتتح مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال انها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل لقطتها الا لمنشد فخص مكة بهذا الحكم وحرم ساقطتها على منتفع بها أو متصدق بها وجعلها لمن ينشدها خاصة ومن جهة المعنى ان مكة يردها الناس من كل أفق بعيد فهو في تعريفها أبدا يرجو أن يصل الخبر الى البلاد النائية ويتمكن لمن وصل اليه الخبر أن يرد الخبر لطلبها أو يستنيب في ذلك فأما في سائر البلاد فانه اذا طال أمدها ولم يأت من يتعرفها فان الظاهر ان صاحبها قد انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فضالة الغنم قال صلى الله عليه وسلم هي لك أو لاخيك أو للذئب قال عيسى بن دينار ان ذلك في القفار أو البعيد من القرى وحيث ان تركها أكلها السبع وهي معنى قوله هي لك أو لاخيك أو للذئب يريد والله أعلم أن صاحبها لا يرجى رجوعه اليها ان أخذتها أنت والا أخذها أخوك من المسلمين أو أكلها السبع ومعنى ذلك والله أعلم اباحة أخذها وأكلها (مسئلة)

اذا ثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبقى فى يد من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالثياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب لا يبقى فى يد من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة فى الفلاة فان كانت فى خربة أو موضع يجد من يحفظها فى غنمه فان لها حكم اللقطة التى تبقى يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالابل فهذا سيأتى ذكره ان شاء الله (مسئلة) ومن وجد شاة بفلاة فنقلها الى عمران فان كان نقلها حية كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف وان ذبحها ونقلها فقد قال أصبغ فى العتبية له أكلها غنيا كان عنها أو فقيرا ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الا أن يجد فى يده ذلك فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد حازها بالذبح كالو طبخها وصيرها طعاما قبل أن ينقلها (مسئلة) ومما لا يبقى بيد من يحفظه الطعام الذى لا يبقى من الفواكه والادم فهذا ان كان فى فلاة أو فى غير موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة لان الشاة وان كانت تبقى فلا يمكن من وجدها أن يقيم عليها ولا أن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبقى بيد من حمله وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال وأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان فى الحضر وحيث الناس فيتصدق به أحب الى من أكله فان تصدق به لم يضمنه وان أكله ضمنه وقال أشهب أما فى غير الفيافى فيبيعه ويعرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمنه ليس له غير ذلك وروى ابن مزين عن عيسى فيمن وجد ما لا يبقى من الطعام فى فلاة أو حاضرة فعرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شئ له عليه ووجه ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا صنع له فيه الا أكله وذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى وأما ان كان بغير فلاة فانه على قول مطرف يتصدق به ولا يلزمه بيعه لان البيع مما لا يلزم الملتقط وانما يلزمه الحفظ ما أمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ ثمنها لانه بدل منها

(فصل) وقوله للذى سأله عن ضالة الابل مالك ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضمانها فان اللقطة انما تؤخذ على معنى الحفظ لصاحبها وهى مما لا يسرع التلف اليها ولذلك قال صلى الله عليه وسلم معها سقاؤها قال عيسى معناه أنها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلا الى الورود فجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال عيسى معناه اخفافها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها نبه على انها تمتنع من عوادى السباع فى الأغلب وانها مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذى لا يعدمها ستبقى بامتناعها الى أن يلقاها ربها فيأخذها والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضر به فى طلبها لانه قد يطلبها فى الجبال ومواضع الماء والشجر فان منعت من تلك المواضع لم يجدها ربها ويحتمل أن يكون معنى قوله مالك ولها المنع من التصرف فيها بعد تعريفها لان من التقط ثوبا أو دنانير تكلف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكلف تعريفها وأما من وجد ضالة الابل فتكلف حفظها فقد تكلف ما يستغنى عنه فيه بل ربما استضر به وان كانت فيه منفعة فنادرة ويسيرة غير مخلصة من مضرة الانفاق عليها فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها ويحتمل عندى أن يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم فى ضالة الغنم هى لك أو لأخيك أو للذئب فنهى عن أخذها على هذا الوجه وهو ممنوع باتفاق (فرع) فاذا قلنا بالوجه الأول فمعناه انه اذا أبيح للناس أخذها تسرع الى أكلها فى ذلك بالأمراض والخوف عليها ومن أخذها احتاج الى الانفاق عليها وهى اذا كانت فى مواضعها لم يخف

عليها التسرع الى أكلها ولا احتيج الى الانفاق عليها والحفظ لها وهذا كان حكم ضوال الابل في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لما كان يؤمن عليها فلما كان في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولم يؤمن عليها لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها اليهم ولم يروا ردها الى موضعها وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها الى موضعها وانما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال وقد قال مالك في من وجد بعيرا فليأت به الامام يبيعه يجعل ثمنه في بيت المال قال أشهب اذا كان الامام عدلا ومعنى ذلك أنه أمن عليها من يتعدى فيها فيتركها في موضعها أفضل لانه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه ويستغنى عن الانفاق عليها والتمون لها وقصد صاحبها الى ذلك الموضع وتتبع أثرها منه أيسر عليه من طلبها في الآفاق البعيدة لانه لا يدري من أواها قريب الدار أو بعيدها فان خاف عليها متعديا يتلف عينها كان أخذها ورفعها الى الامام ينظر فيها لصاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم وهذا معنى ما روي عن عمر بن عبد العزيز يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور (مسئلة) وأما الخيل والبغال والحمير فقد سئل عنها ابن القاسم لا تؤكل فمن التقطها عرفها فان جاء ربها أخذها وان لم يجئ ربها فأرى أن يتصدق بها وقال أشهب في كتبه لا تؤخذ الخيل ولا البغال ولا الحمر فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها فقال ابن كنانة لا ينبغي لأحد أن يأخذ الدابة الضالة ولا يتعرض لها فالظاهر من قول ابن القاسم اباحة أخذها لانها لا تؤكل ولا تسرع الأيدي الى أكلها اذا أمن حفظها كما يخاف ذلك في الابل ووجه قول أشهب وابن كنانة انه حيوان يمتنع بنفسه ويبقى دون من يحفظه فلا تلتقط كالابل (مسئلة) وأما البقر ففي المدونة ان كانت بموضع يخاف عليها فهي بمنزلة الغنم وان كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا الذئاب فهي بمنزلة الابل ونحو ذلك قال أشهب وقال ابن حبيب عن مطرف عن مالك في ضالة البقر والغنم اذا وجدها بالفلاة فله أكلها ولا يضمنها لربها وان كانت بقرب العمران ضمنها اليه وعرفها فجعلها ابن القاسم بمنزلة الابل اذا لم يخف عليها وألحقها مالك بالغنم في ضعفها عن الامتناع عند انفرادها وانما يكون فيها بعض المنفعة عند اجتماعها الا أن يكون ايصالها الى العمران أيسر من ايصال الغنم ففي مثل هذا يخالف حكمها حكم الغنم ص ﴿ مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني ان أباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشأنك بها ﴾ ش قوله انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا دليل على انه قصها ونظر اليها وأخبر بذلك عمر ولم ينكر عليه لانه بذلك يصل الى معرفة ما فيها ولذلك لا يضمن اذا وضعها عند غيره ولا اذا رفعها في موضع يختاره وان كان ذلك كله بغير اذن صاحبها

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه عرفها على أبواب المساجد في سماع أشهب ما أحب رفع الصوت في المسجد وانما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد ولو مشى هذا الذي وجدها الى الحلق فأخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأسا

(فصل) وأما قوله فاذكرها لكل من يأتي من الشام فانه انما وجدها بمنزل نزله بطريق الشام فكان الغالب على الظن انها لمن مر بطريقهم فاذا ذكر لمن يأتي من الشام كان أقرب الى معرفة

مالك عن ايوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني ان اباه أخبره انه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لكل من يأتي من الشام سنة فاذا مضت السنة فشأنك بها

صاحبها بعالها وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى بتعريفها المواضع التى يغلب على ظنه انه ينتشر منها خبرها ويصل سببه الى صاحبها فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبجامع الأسواق فان كان بطريق خص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك اعلام غيرهم بها وقوله فاذا مضت السنة فشأنك بها على ماتقدم فى حديث زيد بن خالد الجهنى ص ﴿ مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاء الى عبد الله بن عمر فقال له انى وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال له عبد الله بن عمر لا آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها ﴾ ش سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التى وجدها على حسب مايفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم لاسيما مع اختصاصه بابن عمر فقال له ابن عمر عرفها ولم يحدله مدة سنة ان كانت مما يعرف سنة لئلا يتضمن التحديد اباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها وقد قال مالك لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن يتصدق بها أحب الى ويخبر صاحبها اذا جاء فان شاء أجازها وان شاء غرمها له وانما كره مالك أكلها لئلا يتسرع الناس اليها ولئلا يظن به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا آمرك بأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لانه لعله لم يعلم له مالا يقضى منه صاحب اللقطة اذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فان فعل فلا إثم عليه (فرع) فان تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو اسوة الغرماء قاله ابن وهب ووجه ذلك انه دين ثابت فى ذمته بوجه حق

﴿ القضاء فى استهلاك العبد اللقطة ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا فى العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الاجل الذى أجل فى اللقطة وذلك سنة انها فى رقبته اما أن يعطى سيده ثمن ما استهلك غلامه واما أن يسلم اليهم غلامه فان أمسكها حتى يأتى الاجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه يتبع به ولم تكن فى رقبته ولم يكن على سيده فيها شئ ﴾ ش ومعنى ذلك ان استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فاذا تعدى عليها العبد أو استهلك ففى رقبته قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها ووجه ذلك ان مأكلها جناية على أى وجه كان فهى فى رقبته فاما أن يفتديه بغرم ما استهلك واما أن يسلمه (مسئلة) وأما ان كان مدبرا فقال أشهب والمغيرة اما أن يسلم السيد خدمته يستخدم بقدر ماجنى ثم يعود الى سيده فان مات سيده قبل استيفاء ماعليه عتق فى ثلث سيده وأتبع بما بقى وأما أم الولد فعلى سيدها الاقل من قيمتها أو قيمة ما أتلفت وأما المكاتب ففى رقبته اما أن يؤدى قيمة ما استهلك واما عجز ثم يخير سيده بين اسلامه بها عبدا وبين ان يفتديه ويبقى له عبدا

(فصل) وقوله وان أمسكها حتى يأتى الاجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه ولم يكن فى رقبته ولا على سيده يريد ان بمجرد الامساك مدة السنة فى العبد يخرجها عن ان تكون جناية تتعلق برقبته وان قال لم أعرفها لأنه لو قال عرفتها لكان مصدقا فى ذلك فاذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده كما لو أقر بجناية خطأ وأما الحر فانه لا يبيح له الانتفاع بها بعد السنة الا تعريفها فى مدة السنة ولو أقامت عنده أعواما لا يعرفها لا يستبيح بذلك انفاقها وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم انما أباح هذا بعد تعريف سنة فقال عرفها سنة * قال القاضى

* مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجاء الى عبد الله ابن عمر فقال له انى وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال عبد الله بن عمر لا آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها

﴿ القضاء فى استهلاك العبد اللقطة ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى العبد يجد اللقطة فيستهلكها قبل أن تبلغ الأجل الذى أجل فى اللقطة وذلك سنة انها فى رقبته اما أن يعطى سيده ثمن ما استهلك غلامه واما أن يسلم اليهم غلامه وان أمسكها حتى يأتى الأجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه يتبع به ولم يكن على سيده فيها شئ

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندي هي من يوم ابتدأ بالتعريف ولا يحتاج في ذلك الى حكم حاكم لأنه حكم قد تقرر من النبي صلى الله عليه وسلم في كل ملتقط في مثل تلك اللقطة والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الضوال ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الانصاري أخبره انه وجد بعيرا بالحرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر بن الخطاب أن يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلني عن ضيعتي فقال له عمر ارسله حيث وجدته ﴾ ش قوله انه وجد بعيرا بالحرة فعقله يريد انه منعه من الذهاب بعقال شده به على حسب ما تعقل الابل والدواب اذا خيف عليها ذلك وهذا حسن له ولعله لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك

(فصل) وقوله فذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يحتمل وجهين أحدهما انه استفتاه فيما يلزمه فيه وهذا جائز والامام في ذلك اذا كان من أهل العلم كسائر العلماء ان كانت مسئلة اتفاق وان كانت مسئلة اختلاف فالحكم جار على رأيه والثاني أن يكون رفع الامر اليه لينظر فيه وقد قال مالك من وجد بعيرا فليأت به الامام فيبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال حتى يأتي ربه ولا يوكل بذلك من وجده ليكون الثمن عنده ولكن عند الامام ليكون أمكن لربه اذا أتى وقال أشهب ان كان الامام عدلا رفعها اليه وان كان غير عدل فليخلها حيث وجدها

(فصل) وقوله فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات يقتضي ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل ثم سأله فأمره بتعريفه ثانية حتى أكمل ثلاث مرات على حسب ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأبي بن كعب فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة وممن شهد بيعة الرضوان ويحتمل أيضا أن يكون كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات في وقت واحد اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أنس انه كان اذا تكلم كرر القول ثلاث مرات ولم يوقت مدة التعريف لأن هذا التعريف لما لم يكن واجبا ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته مؤقتة

(فصل) وقول ثابت انه قد شغلني عن ضيعتي يريد ان حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر في ضيعته فقال له عمر ارسله حيث وجدته وفي العتبية قال مالك أرسل الى الحسن بن زيد فسألني عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة فقال انها قد آذتني فأمره أن يرسلها حيث أصابها ووجه ذلك ان عقله للبعير وأخذه له على وجه حفظه لصاحبه لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك في اللقطة لحفظه وذلك ان أخذه غير مأمور به ولا فيه منفعة لصاحب البعير فلا يتعلق به حق صاحب البعير ولذلك جاز له أن يرسله حيث وجده وأيضا فان هذا التعريف لم يكن مؤقتا ولم يقل فيه عرفه سنة كما قال لعبد الله بن بدر حين وجد الثمانين دينارا عرفها سنة لم يتعقبه استباحة اللقطة ولذلك قال لثابت في البعير رده حيث وجدته وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة شأنك بها وقد روى ابن مزين عن عيسى انه انما أمره بتخليتها حيث وجدها لأنه أخطأ أولا في أخذها لأن الحديث قد جاء بالنهي عن ذلك ويحتمل عندي ما تقدم أنه نهى عن أخذها لمن أراد تملكها الآن كضالة الغنم ولمن أراد التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة ولذلك لم ينكر رضي الله عنه على ثابت أخذ البعير الذي وجده بالحرة وأمره بتعريفه ثم أمره برده الى موضعه الذي وجده فيه فانما منعه من تملكه أولا ومن التصرف فيه بعد التعريف وهذا يقتضي انه حمل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ضالة الابل على

﴿ القضاء في الضوال ﴾

* حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الانصاري أخبره انه وجد بعيرا بالحرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلني عن ضيعتي فقال له عمر ارسله حيث وجدته

ذلك والله أعلم وأحكم وتضمن حديث عمر جواز رد الابل الى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة والفرق بينهما من جهة المعنى ان الابل الضالة اذا ردت الى مكانها لم يخف عليها ضياع لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربها ولقطة الدنانير والدراهم اذا ردت الى مكانها لم يشك فى ضياعها فكان الملتقط الذى عرفها سنة أولى بها (فرع) وهل يرسلها ببينة قال مالك فى العتبية ليس له أن يشهد على ارسالها قال ابن نافع وأحب الى أن يشهد على ذلك ووجه ذلك أنها على الامانة والابل مما لا يغاب عليها وانما حفظها لصاحبها فكان مصدقا فى ارسالها مع انه يشق الاشهاد على ذلك لأنه اذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد فى الفيافى والقفار البعيدة تعذر الاشهاد على ذلك ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال ﴾ ش قوله رضى الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال قال فى كتاب ابن مزين من رواية أشهب عن مالك ما معناه مخطئ وهذا على ما قال لان النبى صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن أخذها مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها فمن خالف ذلك فقد أخطأ وضل فى فعله ذلك الا أنه خطأ ليس فيه تعد على صاحبها اذا لم يبعدها عن موضعها وانما عقلها فى ذلك الموضع وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها ولذلك لم يلزم ضمان الضالة اذا ردها الى مكانها وأما ان تلفت بيده فى وقت حفظها فالظاهر من قول مالك انه لا يضمنها لانه ليس فى أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف اضرار بصاحبها وقد قال مالك انه ان أنفق عليها الآخذ المعرف لها ثم جاء صاحبها لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدى ما أنفق عليها الآخذ لها أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره والظاهر عندى انه ليس بمتعد فى أخذها ليحفظها لصاحبها ويرفع أمرها الى الامام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك ولو كان متعديا فى ذلك لضمنها وان تلفت بغير فعله ولأنكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها وقد قال مالك من وجد بعيرا فليأت به الامام فأمره بأخذه ونقله الى الامام ويحتمل عندى أن يكون معنى قول عمر من أخذ ضالة فهو ضال فمن أخذها متملكا لها ومسرعا الى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أو فمن أخذها ليعرفها مدة فان جاء صاحبها والا تصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال وبأنه متعد ويضمن ما تلف بيده والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الابل فى زمن عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد حتى اذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها ﴾ ش قوله كانت ضوال الابل فى زمان عمر ابلا مؤبلة يعنى انها كانت لا يأخذها أحد وان أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهى أو ممن بلغه النهى وتأوله على حسب ما قدمناه فكان الأكثر لا يؤخذ فتبقى مؤبلة تتناتج لا يمسها أحد فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها اذا جاء وذلك والله أعلم لما كثر فى الناس من لم يصحب النبى صلى الله عليه وسلم من كان لا يعف عن أخذها اذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم انها ضالة فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الامام فيبيعها ويبقى التعريف فيها فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها وحمل حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى المنع من أخذها على وقت امساك الناس عن أخذها ويحتمل أيضا انه كان يبيعها اذا يئس من مجىء صاحبها بأن تطول المدة على ذلك وتتناتج ويخاف عليها الموت فكان فى بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها لانه كان ينقلها الى الأثمان التى لا يخاف عليها وقد روى عن مالك انه قال كان على بن أبى طالب قد بنى للضوال مربدا يعلفها فيه

* وحدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال * وحدثنى مالك انه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الابل فى زمان عمر بن الخطاب ابلا مؤبلة تناتج لا يمسها أحد حتى اذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها

علفا لايسمنها ولايهزلها من بيت المال فمن أقام بينة على شئ منها أخذه والا بقيت على حالها لايبيعها واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا يحتمل أن يكون فيما قرب عهده منها ورجا قرب أوبة صاحبها ويحتمل أيضا أن يكون علي رضي الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة ولذلك كان يكلف من طلبها البينة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض ولعل البينة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البينة ان أراد أن يأخذها من وقته دون تثبت ولا استيناء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر انه كان يرجع على من اعترفه بما أنفق عليه من بيت المال فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم لان بيت المال لمصالح المسلمين وكان هذا أيضا من مصالحهم لاسيما لما دعته الضرورة الى أخذها وعلفها ولم يكن له أن يتركها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به وقد قال مالك في الآبق يتوقف به سنة ينفق عليه الامام من بيت المال فان جاء صاحبه فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي وان لم يأت صاحبه بعد السنة باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وجعل ما بقي في بيت المال ووجه ذلك انه لابد له من نفقة لانه لايستغني بورق الشجر كما تفعله الابل فان أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه فلزم التوقف به حولا ثم يبيعه بعد ذلك وفي النوادر قال ابن كنانة لاينبغي لأحد أن ينفق على الدابة الضالة ولا يأخذها ولايعرض لها لان النفقة عليها سبب الى اخراجها من يد صاحبها وربما جاوزت النفقة ثمنها وهذا بخلاف العبد الآبق لان العبد الآبق يستخفي عن سيده ويقصد التغيب عنه بخلاف الابل والدواب فانها لاتقصد ذلك وقد قال مالك في المدونة في الآبق يباع بعد السنة وليس بمنزلة ضالة الابل لانه يأبق ثانية والله أعلم وأحكم

﴿ صدقة الحي عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده انه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصي فقالت فيم أوصي انما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يارسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه ﴾ ش قول سعد هل ينفعها يارسول الله أن أتصدق عنها يقتضي والله أعلم منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات وتكفير السيئات فقال صلى الله عليه وسلم نعم بمعنى ان ذلك ينفعها وهذه الصدقة وان لم يقترن بها نية منها فقد قضى صلى الله عليه وسلم ان ذلك ينفعها وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحي على الميت جائزة مشروعة مندوب اليها ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما يثبت للانسان بعد موته في حياته من غير نية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وان لم يعلم هو بشئ من ذلك وقد روى مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لاينقص بعض أجر بعض شيأ ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

﴿ صدقة الحي عن الميت ﴾
* حدثني مالك عن سعيد ابن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده انه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصي فقالت فيم أوصي انما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يارسول الله هل ينفعها ان أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماه
* وحدثني مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم ان أمى افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ ش قوله ان أمى افتلتت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأنشد وافى ذلك * وكانت منيته افتلاتا * وتقول العرب رأيت الهلال فلتة اذا رأيته من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبى بكر فلتة وقى الله شرها يريد أنها كانت بغتة من غير روية وقوله وأراها لو تكلمت يريد انه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها الى الخير ورغبتها فيه انها لو أمهلت وقدرت على الكلام مع الاشراف على الموت على ما يفعله أكثر الناس فى مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن الموت لشدة المرض لتصدقت ويحتمل انه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه وأظهرت اليه العزيمة عليه فاستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى أن يتصدق عنها فاذن له فى ذلك فثبت ان صدقته عنها مما يتقرب به ويحتمل أن يكون قد عرف انه حضرها ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك الى أن توفيت وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك فسأل النبى صلى الله عليه وسلم ان كان ينفعها الاطعام عنها فاذن له فى ذلك ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها ولم توص بها وفى الموازية من علم من أبويه تفريطا فى الفرائض قال مالك يطعم عنهما فى الصوم مكان كل يوم مدا ان شاء وليؤد الزكاة عنهما وأما الصلاة فلا شئ فى ذلك ص ﴿ مالك انه بلغه أن رجلا من الأنصار من بنى الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك يقتضى ان أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به اليه بالميراث لان رجوعها الى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره بل بموت المتصدق عليه وهى فى ملكه تدخل فى ملك المتصدق اذا كان يحيط بميراثه وبهذا فارقت سواها فانها انما تدخل فى ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك اليه وعلى تجويز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر فكرهت أخذها بالميراث ورأوه من باب الرجوع فى الصدقة وهذا سهو منهم فان ملكها بالميراث ليس موقوفا على اختياره فيقال له فيه يجوز أو لا يجوز ويجبر على أخذها بما يلزمه فيها من الانفاق عليها والكسوة لها والاسكان فيها فهى بالشرع ثابتة فى ملكه وانما يلزمهم أن يوجبوا عليه اخراجها عن ملكه وهذا باطل باتفاق الفقهاء والله أعلم وأحكم

﴿ الأمر بالوصية ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة يحتمل أن يكون معناه انه ليس حقه أن يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة وانما من حقه تقديم وصيته والتحرز والاستظهار بتقديمها وتحصين ماله عليه بها فامامن لم يكن عليه دين فانه يستحب له ذلك بمعنى تبرئه عنها والوصية بشئ من ماله فى وجوه من ينتفع به فيما تقدم عليه وأما من كانت عليه ديون فقد قال كثير من مشايخنا ان ذلك واجب عليه قال فى النوادر وأما من عليه تباعة أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك مما يوصى فيه فواجب عليه أن يوصى بذلك وانما رخص فى ترك التطوع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى أن ذلك على قسمين فأما الديون التى جرت العادة أن تنعقد بها العقود

عليه وسلم ان أمى افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثنى مالك انه بلغه أن رجلا من الانصار من بنى الحارث ابن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك

﴿ الأمر بالوصية ﴾

* حدثنى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة

وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الامانات من الودائع والوصايات يكون بيده من مال أيتام أو غير ذلك فانه يجب عليه ذلك واما ما يكون من يسير الديون التي تتكرر وتؤدّى في كل يوم وتزيد وتنقص وتتجدد فان ذلك يشق فيها لانه كان يقتضي أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وانما معنى ذلك عندي في الأموال التي تبقى وهذا عندي معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شئ يوصي فيه ان حملناه على الوجوب فان لفظ الحق أظهر في الوجوب وان كان يحتمل الندب اذا قال انه حق عليه واذا أضاف الحق اليه وجعله له فهذا أظهر في الندب فان حملناه على الوجوب فالمراد به ما قدمناه من الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها وقد يكون معناه له شئ يوصي فيه ما يؤدّى منه تلك الحقوق واذا حملناه على الندب فيحتمل أن يريد به الوصية بشئ من ماله في وجوه القرب ويكون معنى قوله له شئ يوصي فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين قال أهل التفسير الخير المال قال قتادة الخير ألف دينار فما فوق وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه نحوه وروى عنه انه قال لابن عمر حين قال له أراد أن يوصي وله ما بين السبعمائة الى التسعمائة لا توص فانك لم تترك خيرا فتوصي وفي الجملة ان الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة وان كانت مندوبا اليها مع اليسار وعلى هذا جماعة الفقهاء ولا خلاف ان الصدقة التي ينفذها في حياته أفضل والأصل في ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل قال أن تتصدق وانت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما غير الموسر فقد حكى ابن حبيب ان عليا رضي الله عنه قال لعليل ذكر الوصية له لا توص انما قال الله سبحانه وتعالى ان ترك خيرا وأنت لا تترك الا اليسير دع مالك لبنيك وكان ماله من السبعمائة الى التسعمائة وقيل لعائشة رضي الله عنها أيوصي من ترك أربعمائة وله عدة من الولد بنون فقالت ما في هذا فضل عن ولده والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لسعد بن أبي وقاص انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(فصل) وقوله الا ووصيته عنده مكتوبة الوصية تتضمن موصيا وموصى له وموصى به ونحن نفرد لكل نوع من ذلك بابا نبين فيه حكمه ان شاء الله تعالى

(الباب الاول في الموصي)

فاما الموصي فمن شرطه أن يكون عاقلا يريد والله أعلم انما تثبت فيها بالكتاب والاشهاد عليه ما يريد أن يوصي به من حق عليه أو وجه بر يوصي فيه بشئ وفي المجموعة والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية ومازال ذلك من شأن الناس بالمدينة وانه ليعجبني وأراه حسنا قال أشهب في المجموعة كل ذلك لا بأس به تشهد أو لم يتشهد وقد تشهد ناس فقهاء صالحون وترك ذلك بعض الناس وهو قليل وفي المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد وروى ابن عون في وصية محمد بن سيرين قال هذا ما أوصى به محمد بن أبي عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين أوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب يابنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأن لا ترغبوا أن تكونوا اخوان الانصار ومواليهم فان العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب ثم أوصى فيما ترك ان حدث به حادث الموت

قبل أن يعين وصيته ثم ذكر حاجته قال ابن عون فذكرلنا نافع مولى ابن عمر فقال كانت أم المؤمنين توصي بهذا وحدث عن أنس بن مالك انه قال كانوا يوصون انه يشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ان كانوا مؤمنين وأوصى بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأوصى انه ان مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك فى المجموعة قيل له ان رجلا كتب فى ذلك أو من بالقدر خيره وشره حلوه ومره قال ما أرى هذا الا وكتب الظفرية والاباطية قد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فمن كتب وصيته بخطه فوجدت فى تركته وعرف انه خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شئ منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة والعتبية قال ابن المواز عن أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشئ حتى يقول انها وصيتى وان ما فيها حق وان لم يقرأها وكذلك لو قرؤها وقالوا انشهد انها وصيتك وان ما فيها حق وان لم يقرؤها وكذلك لو قرؤها وقالوا انشهد فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك وان لم يقرأها عليهم فليشهدوا انها وصيته أشهدنا على ما فيها ووجه ذلك انه اذا كانت الوصية منشورة يرون ان جميعها مكتوبة ثم نظروا الى تقييد الشهادة فى آثرها فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية فقد يريد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك لانه انما يشهد على الموصي بما أشهده فان كان مما يجوز انفاذه أنفذ وان كان مما لا يجوز انفاذه رد فلا شئ فى ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات الا أن يكون من الاستدعا آت التى تتقيد على علم الشهود فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لانه يخبر عن جميعه انه فى علمه وعلى ذلك يكتب شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه فى علمه ومما يصح له أن يشهد به (مسئلة) ومن كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على ما فيها فكتبوا اشهاداتهم ثم مات ففى العتبية والموازية من رواية أشهب عن مالك ان لم يشك الشاهد فى الطابع فليشهدوا ان شك فلا يشهد اذا لم يكن الكتاب عنده حتى يتيقن انه خاتمه بعينه ولم يفض وأجودهم عندى شهادة الذى الوصية فى يديه والآخرون يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ما تحملوا وقال أيضا وأما الآخرون فلا أدرى كيف يشهدون وكذلك روى ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول انه وصيته ويدعو الشهود الى أن يشهدوا عليه بما فيها فانهم ان يختموا عليها بخواتيمهم فلم يجز لهم أن يشهدوا لمخافة أن يكون لم يكتب فيها شيأ ثم يكتب ما شاء بعد اشهاده لهم ويزيد ان شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الاشهاد وانما أحدثه بعد ذلك وأما اذا رأوا انها مكتوبة فانها تجوز لهم الشهادة عليه بما فيه لانهم لا يسلمون مما قدمناه ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له أن يشهد وأما غيره من الشهود فقال مالك لا أدرى كيف يشهدون وأما اذا ختم كل واحد منهم عليها بخاتمه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فان ذلك جائز سواء كان فيها شئ مكتوب أو لم يكن وقيد فيها الموصي ما شاء من الأباطيل لانه لا مضرة على الشاهد فى ذلك ص ❊ قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الموصي اذا أوصى فى صحته أو فى مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فانه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل الا أن يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ❊ قال مالك فلو كان

❊ قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي اذا أوصى فى صحته أو فى مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فانه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل الا أن يدبر مملوكا فان دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة ❊ قال مالك فلو كان

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ماذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذى أوصى فيه من لعتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذى لااختلاف فيه انه يغير من ذلك ماشاء غير التدبير

الموصى لايقدر على تغيير وصيته ولاماذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذى أوصى
فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذى لا اختلاف
فيه أنه يغير من ذلك ماشاء غير التدبير ﴾ ش وهذا على ماقال ان الموصى فى صحته أو مرضه يعتق
بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من اعمال البر فانه غير لازم له لان عقد الوصية عقد جائز غير
لازم وله أن يغير من ذلك ماشاء و يبطل منه ماشاء من غير عوض أو يعوض منه غيره فى صحته أو
مرضه مالم يمت فاذا مات فقد لزمت تلك الوصية فليس لغيره أن يغير شيأ من ذلك ولا يبطله ولا يبدله
بغيره فاما التدبير فانه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل وسيأتى ذكره فى
كتاب التدبير ان شاء الله تعالى والفرق بين التدبير والوصية ماذكرناه من ان عقد الوصية عقد
جائز وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لاخلاف فى الرجوع عن الوصية بالقول والفعل ولا
خلاف بيننا و بين من أجاز الرجوع عن التدبير انه ليس له ذلك بالقول فكذلك ليس له ذلك بالفعل
واذا فرق هو بين الوصية والتدبير فى الرجوع عنهما بالقول جاز أن يفرق بينهما فى الرجوع بينهما
بالفعل

(فصل) وقوله وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماحق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه
يبيت ليلتين الا و وصيته عنده مكتوبة فتأول فى ذلك ان عقد الوصية واجب أو مندوب اليه وانه على
الفور ثم قال فلو كان الموصى لايقدر على تغيير وصيته كان كل موص حبس ماله يعنى ان الوصية
كانت تكون مانعة له من تصرفه فى ماله فتى أوصى بعتقه لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه واذا
أوصى بثلث ماله لم يكن له بعد ذلك الانفاق منه لاسيما على وجه الاستيعاب له وفى هذا اضرار بالناس
ومنع من الوصية

(فصل) وقوله وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره يريد ان من أراد السفر قد يوصى مع كونه
صحيحا وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك والوصية تكون على ضربين
مقيدة ومطلقة فان كانت مقيدة مثل أن يقول ان مت فى سفرى هذا أو مت فى مرضى هذا فينفذ عنى
وصية كذا وكذا و يذكر ماشاء من عتق أو صدقة فهذا عند مالك وصية وله أن يغيرها فان لم يغيرها حتى
مات فى مرضه أو سفره فهى فى ثلثه قاله فى المدونة ووجه ذلك انها وصية متضمنة قربة شرط فيها
شرطا لاينافى الشرع فكانت على ماشرط كما لو شرط فيها التغيير (مسئلة) فان برأ من مرضه
أو قدم من سفره فانه لايخلو أن تكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها فان كان كتبها فلا يخلو أن
يكون وضع الكتاب على يد رجل أو أقره عنده فان كانت الوصية على يد غيره فهذه الوصية تنفذ فى
ثلثه قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره ولم أر فى ذلك خلافا بين أصحابنا ووجه ذلك انه اذا أثبت
ذلك فى كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البرء أو القدوم على حالته
لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك فانه وجه من استدامة الوصية (مسئلة) وان قدم
من سفره أو برئ من مرضه فأخذ الكتاب من عند من كان عنده ثم مات فوجد الكتاب عند
الموصى ففى الموازية والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية باطل ووجه ذلك ان
استرجاعه للكتاب من عند من وضعه على يده تغيير لحاله التى كان عليها على وجه الاجازة ووجه ذلك
ان من ترك استدامته كمزيقه (مسئلة) وان كان انما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم
من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك فلا يخلو أن يموت فى مرض أو سفر أو فى غير مرض

ولا سفر فان مات فى مرض آخر أوسفر آخر فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب أن وصيته نافذة وفى المجموعة عن سحنون ان رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن انها ان كانت عنده فهى باطل وان كانت عند غيره جازت وقاله ابن عبد الحكم وسواء مات فى مرض أوسفر أوفى غير مرض ولا سفر وجه الرواية الأولى انه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه فلم يبطل ببرئه من مرضه ولا بقدومه من سفره أصل ذلك اذا وضعها على يد غيره فأقرها ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والاياب فوجب أن تبطل وصيته أصل ذلك اذا وضعها بيد غيره وقبضها منه (مسئلة) فان مات فى غير مرض ولا سفر ففى كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك ان الوصية باطل ولو مات فى مرض آخر أوسفر آخر لصحت وصيته وقال أشهب فى المجموعة ان الاستحسان غير القياس ان مات فى غير سفر ولا مرض أن تجوز وصيته اذا علم أنه ليس قصد الناس فى ذكر المرض والسفر تخصيص ذلك ألا ترى أنه لو كتب إن مت فى سفرى أومن مرضى فبغتة الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة (مسئلة) وان كانت وصيته هذه أشهد عليها ولم يقيدها فى كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه ففى العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية تبطل ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون فى استدامته استدامتها والاشهاد انما اختص بوقت معين فلم ينفذه الى غيره (مسئلة) ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت فسواء كانت مكتوبة أوغير مكتوبة فانها نافذة متى مات قبل أن يغيرها ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت فاقتضت التنفيذ على كل حال وفى كل وقت لان من قال اذا مت فأعتقوا عبدى اقتضى ذلك الأمر بالعتق متى مات وعلى أى حال مات والله أعلم

(فصل) وقوله انه له أن يغير من ذلك ما شاء فيه بابان * الباب الأول فى صفة الوصية التى يلحقها التغيير * والباب الثانى فى صفة التغيير

(الباب الأول فى الوصية التى يلحقها التغيير)

قال مالك فى المجموعة الأمر المجتمع عليه عندنا ان للرجل أن يغير وصيته و يرجع عنها أوصى فى صحة أومرض أوعند سفر بعتق أوغيره قال فى كتاب ابن المواز يرجع فى مرضه و بعد صحته الا فيما بتل يريد فيما بتل عتقه من عتق مؤجل أومعجل أوتدبير ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه والعتق عقد لازم معجلا كان أومؤجلا وكذلك التدبير قال ابن القاسم فى المجموعة ان قال ان مت فعبدى حر أوقال بعد موتى بشهر ان مت فأعتقوه فذلك سواء قال الشيخ أبو محمد يريد وهى وصية قال ابن القاسم فى المجموعة ولو أنه قال انه مدبر ان لم أحدث فيه حدثا فهى وصية ولو قال عبدى مدبر يريد بعد موتى فهو كالوصية وتفكر فيها سحنون ولم يقل شيأ وروى ابن وهب عن المخزومى فى الموازية يحمل على تدبير الميت قيل له انه عالم فتوقف وجه القول الأول انه انما أثبت التدبير بعد الموت ولو قال حر بعد موتى لكان له الرجوع فبأن يكون له الرجوع فى التدبير أولى ووجه القول الثانى ان التدبير عقد لازم وانما يقتضى العتق بعد الموت وانما ظاهر لفظه انه يعتق بعد موته بتدبيره الآن كأنه قال اذا مت عتق المدبر فاما قيل له انه عالم بمعانى الألفاظ و بما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف فى ذلك (مسئلة) ومن قال ان مت من مرضى فعبدى مدبر فلا يرجع فيه قاله ابن القاسم فى المجموعة وقال أصبغ يترك على التدبير ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموته لا يؤثر فى التدبير لان عتق التدبير متعلق بالموت ولكنه على وجه لازم لا رجوع للمدبر فيه وبالله التوفيق (مسئلة)

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة ان أراد التدبير فهو مدبر والا فهي وصية ورروى عنه ابن وهب ان كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التدبير فيقول عن دبر مني وقال أشهب ان قال ذلك في غير احداث وصية فهو تدبير (مسئلة) واذا اعتق المريض أو الحامل أو تصدق ولم يقل ان مت ثم صح فقال أردت ان مت وقال الشهود ظننا انه أراد البتل قال على عن مالك ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده وقال عنه ابن وهب بعض ذلك يدل على بعض ما قالا عنه فان رأى أنه أراد الوصية فهي وصية يرجع فيها والا فلا رجوع له وتنفذ وقال عنه على في مريض قيل له أوص فقال فلان حر ثم صح فقال أردت بعد موتي فذلك له ووجه قول مالك ان لفظ ايقاع العتق والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت الا بأمر يعرف به فان تبين ذلك من لفظ العقد وما قبله و بعده فلا من ذلك لما تقلوه لدلالة ما قلناه له وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة وعبدى فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد أن صح وقال لم أقل فذلك له الا في التدبير لان العتق يمكن أن يكون بعد الموت وانما كان ذلك لانه قصد الى عقد وصيته فكان لفظها محمولا على معناها الا ما يختص باللزوم من التدبير والله أعلم وأحكم وان عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وأما اذا قيل أوص فقال فلان حر ثم قال أردت الوصية فان قوله لما كان جوابا لما عرض عليه من الوصية فكان الظاهر حمله عليها وهذا من حمل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر

(الباب الثاني في صفة تغيير الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثاني النقص منها والثالث ابطالها جملة فأما الزيادة فيها فانها على قسمين أحدهما أن يزيد في وصيته لغير الموصى له أولا والثاني أن يزيد في وصيته للموصى له أولا فأما القسم الأول فانه لا تنافي بين الزيادة والمزيد عليها سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد فتنفذ الوصية الا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث وقد روى ابن وهب وابن القاسم وعليّ عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم يذكر الاولى فانهما جائزتان ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو أن تكون الزيادة للاول فلا يخلو أن تكون من جنس الوصية الاولى أو من غير جنسها فان كانت من جنسها فلا يخلو أن تكون الثانية مثل الاولى أو أقل أو أكثر ففي المجموعة وغيرها من رواية ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عددا أو أكثر فان له أكثر الوصيتين وروى عليّ بن زياد عنه في المجموعة ان أوصى له بعشرة ثم أوصى له بخمسة فله خمسة عشر ولو أوصى له أولا بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكن له غير عشرة وقاله مطرف وان كانت الوصيتان في عقدين وجه القول الأول ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له أكثرهما كما لو كانت الاولى أقل ووجه القول الثاني انه اذا بدأ بالأقل ثم أوصى له بأكثرمنها كان الظاهر انه أراد الزيادة في وصيته وقد أعمل الوصيتين واذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر جمعه لانه بمعنى الزيادة وفيه اعمال الوصيتين ولو اعطاه أولاهما الا انها أكثر لكنا قد ألغينا الأخيرة وهي أحق بالاثبات والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا له أكثر العددين فقد قال ابن الماجشون ان كانت الوصيتان في كتابين فليس له الا أكثرهما وان كانت في كتاب واحد فان سمى له أولا عددا ثم سمى له أكثر منه فله الأكثر وان سمى له في الثاني أقل من الأول فله العددان قال لانه اذا بدأ في كتاب

واحد بخمسة ثم ثنى بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الاولى ولو قال أولا عشرة لم يجز أن يقول بعدها خمسة منها العشرة الاولى وسوّى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بالأقل أو الأكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم تجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال وتوزن أولا تكال ولا توزن والحيوان والدور والثياب وغير ذلك مالم يكن فى شئ معين قاله أشهب فى المجموعة وابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك فى المكيل والموزون وأما العروض فله الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى كانا فى كتاب أو كتابين وجه القول الأول انهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون ووجه القول الثانى ان التماثل فى العروض معدوم ولذلك يقضى فيها بالقيمة فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خلاف ان الدراهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الأفراس والابل والعبيد وأما الدنانير والدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انهما متماثلان لانهما صنف واحد وحكى عن ابن القاسم انهما غير متماثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك من الفضة وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من انهما صنف واحد يريد فى الزكاة ووجه قول ابن القاسم أنهما غير متماثلين فى الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما (فرع) اذا قلنا ان الدنانير والدراهم متماثلان فأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه يعتبر الأقل والأكثر بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين فى الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فان له العددين جميعا رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا مذهب مالك وأصحابه وحكى القاضى أبو محمد فى معونته ان الوصيتين اذا كانتا متماثلتين فى الجنس والقدر فان له احداهما لجواز أن تكون الثانية تكرارا أو تأكيدا وهو يعود الى قول أشهب فيمن أوصى لرجل بثلثه ثم أوصى له بثلثه (مسئلة) وان كان ما أوصى به معينا كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه فله الوصيتان لان التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن يجمعا له لان لكل وصية مقتضاها فيلزم انفاذها الا انه لم يطرأ رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بشيئين مختلفين وان لم تكن معينة كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم فان له الوصيتين جميعا معينتين كانتا أو غير معينتين فى كتاب واحد أو فى كتابين بدأ بالأقل أو الأكثر لان اختلاف الجنس والاسم يمنع أن يريد بالثانية الاولى فلزم أن تحمل الوصيتان على انه أراد أن يجمعهما له (مسئلة) ولو أوصى له بثلثى ماله ثم أوصى له بثلث يحاص بالأكثر لانهما متماثلان فى اللفظ والجنس فكان له أكثرهما قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة ولو أوصى له بثلث ثم أوصى بثلث آخر فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص بثلث واحد والاثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها وكان يجىء على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلثين الا أن يريد كونه ممنوعا من الزيادة على الثلث يقتضى حمل الوصية الثانية على انها هى الاولى ولاتفاقهما فى اللفظ والمعنى مع كونه ممنوعا من الزيادة على لفظ الأول كثر ماله أو قل وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله وان كان الأول قد استغرق الثلث لانه قد يزيد المال فيكون للعدد الباقى محل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعبد أو بعدة دنانير فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص

بالثلث وبعدد الدنانير أو العبد يريد قيمته وقاله ابن القاسم قال سحنون معناه عندي ان ماله عين كله وفي العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث قال أصبغ وفيها شيء ولها تفسير وجه القول الأول ان الوصية بالثلث وبعدد دنانير مختلفان فوجب أن يجمعا للموصى له كالوصية بالدنانير والعبد ووجه القول الثاني ان ما لهما الى جنس واحد متماثل في النوع وقول سحنون في الذي يحاصص بالثلث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عينا ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدنانير فعلى قول سحنون يحمل قوله على انه تجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله انه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ويحمل قوله يقضى له بأكثرهما على انه عين كله (مسئلة) وأما ان كان المال عرضا كله فقد روى ابن حبيب عن أصبغ يعطى الوصيتين اذا أجاز الورثة وان لم يجيزوا ومعه وصايا ضرب بالثلث وبالعدد وان لم تكن الوصايا فليس له الا الثلث وجه ذلك ان العددين من جنس الثلث لان الثلث عرض والعدد عين فلذلك جمعاله في المحاصة (مسئلة) فان كان في التركة ناض وعرض فقد روى ابن المواز عن أشهب وأصبغ يضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين ووجهه أن ثلث العروض من غير جنس العين فله ثلث العروض وثلث العين من جنس العدد فكان له أكثرهما

(فصل) وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها وأما حكمها بالنقص منها فلا يخلو أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو يوصى ببعضها لغيره فأما النص على النقص منها فمثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول ردوها الى ثمانية أو اجعلوها له ثمانية أو نسخت ما تقدم من الوصية بالعشرة وأنا أوصى له الآن بثمانية فهذا لا خلاف في المذهب في انه ليس له الا ما أقره آخرا وأما تغيير الوصية بالفعل فهو يتعلق بالاعيان دون غيرها وذلك بان يفعل في العين الموصى بها ما لا يفعله الا في ماله وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب فانه راعى الاسماء وسنبين ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) ومن أوصى لرجل بجزيرة ثم لتها بعسل أو سمن فليس برجوع كما لو أوصى بعبد ثم علمه الكتاب ورواه أصبغ عن ابن وهب في العتبية ووجه ذلك ان هذه زيادة فيما كان أوصى له والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها في ابطال الوصية لا سيما مع بقاء الاسم الذي علقت عليه الوصية (فرع) فاذا قلنا ليس برجوع عن الوصية فقد قال أصبغ يكون الورثة شركاء بقدر اللتات وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة الثوب بصبغه للموصى له قال أشهب وكذلك لو غسله أو كانت دارا فجصصها أو زاد فيها بناء وأوصى له بسويق ثم لته وجه قول أصبغ انه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن فكان باقيا على ملك الموصى ووجه قول ابن القاسم وأشهب انه لما كان الاصل موصى به ثم أضاف اليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك انه أضافه اليه في الوصية (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم آجره أو رهنه فليس ذلك برجوع ويفدى الرهن من رأس المال قاله مالك وابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك ان الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقائه على ملكه (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم باعه فان مات قبل ان يشتريه بطلت الوصية فيه وان اشتراه قبل ان يموت فهو للموصى له قال أشهب وكذلك لو أوصى له بعبد في غير ملكه ثم صار له بابتياع أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة ووجه ذلك ان المراعى في الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى فان كان في ملكه ذلك الوقت صحت الوصية والا بطلت والله أعلم وأحكم

(مسـئلة) ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوبا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فتبطل الوصية (مسئلة) ولو أوصى له ببرد فقطعه قيصا ففي الموازية لابن القاسم انه رجوع عن الوصـية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقميص فقطعه قباء أو جبة فردها قيصا أو ببطانة ثم بطن بها ثوبا أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبا أو بقطن ثم حشا به أو غزله أو بفضة ثم صاغها خاتما أو بشاة ثم ذبحها لبطلت الوصـية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذي أوصى فيه وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية اذا قال ثوبي لزيد ثم قطعه قيصا أو لبسه في مرضـه فليس برجوع وهو للموصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قيصا أو سراويل كان رجوعا لتغير الاسم فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذي علقت عليه الوصـية فاذا عمل فيه عملا أزال ذلك الاسم بطلت الوصية واذا لم يزل العمل الاسم فالوصية باقية والله أعلم ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه لأن القطع لا يزيل عنـه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب الا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنـه الاسم الذي علقت عليه الوصية (مسئلة) واذا أوصى له بعرصة ثم بناها دارا فقد قال أشـهب في المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع لأنه أوصى له بعرصة وبناء فأزال البناء وأبقى العرصة وهذا رجوع من أشهب في تعلقه بالاسماء الا أن يلتزم ذلك في الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرصة وتابعا عنها فاذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الصفة والاسم وكان يلزمه على هذا القول اذا أوصى بعرصة فبناها أن لا تبطل الوصـية بالعرصة لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وروى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم في العتبية اذا أوصى له بعرصة فبناها كانا شريكين بقيمة البناء من العرصـة وجه قول أشهب انه قد زاد في العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم فكان تغييرا للوصية كنسج الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة مع بقاء العين على حالها لا تغير الوصية وليس كذلك النسج فانه قد غـير عين الغزل وأما العرصة فهي باقية على ما كانت عليه قبل فأضيف اليها معنى آخر وهو البناء كما أضيف اللتات الى السويق والصبغ الى الثوب (فرع) فاذا قلنا ليس الهدم برجوع على قول أشهب فلمن يكون النقض قال أشهب لا وصـية في النقض وروى ابن عبـدوس عن ابن القاسم النقض للموصى له ووجه قول أشهب ان اسم البناء لا يتناوله اسم الدار بعد النقض فبطلت فيـه الوصـية لعدم الاسم الذي علق عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يمنع نفوذ الوصـية كقطع الثوب قيصا (مسـئلة) ولو أوصى له بزرع ثم حصـده أو بثمر ثم جده أو بصوف ثم جزه لم يكن رجوعا في الوصية قاله ابن القاسم في المجموعة ولو درسه وا كتاله وأدخله بيته لـكان رجوعا في الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته ثابتة لم تتغير وانما وجد منه تقطيعه وازالته عن موضعه فلم يكن رجوعا كقطع الثوب فأما اذا ا كتاله بعـد درسه وأدخله بيته فان درسه وتبليغه حد الا كتيال قد غـير صورته ونقـل اسمه الى اسم القمح أو الشعير فـكان ذلك رجوعا عن الوصية بالدرس والتصفية وأما ادخاله البيت فانما هو تأ كيـد لمقصده والله أعلم وأحكم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا الا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * وحدثني مالك عن يحيي بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيي بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر ابن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * مالك عن يحيي ابن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيي بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم ﴾ ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المدنية وقد ذكر يحيي بن سعيد في روايته عن أبي بكر ان الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فتارة كان يصفه أبو بكر بانه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتلم على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغر والاحتلام في الرجال والنساء حد بين الصغر والكبر ويختص في النساء بالحيض فهو فيهن حد بين الصغر والكبر

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر انه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة الا ابنة عم يريد انها انفردت بالقيام بأمره والرفق به وان كان وارثه الذي يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركها فيه بالشام ولعله قد قصد بذلك الى بنت عمه هذه مع انفرادها بالقيام بأمره والتعب معه والتمريض له لا يعود اليها شئ من ماله ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقها به وانفرادها بالعناء معه فندبه عمر رضي الله عنه الى أن يوصي لها وأعلمه ان ذلك مباح له وسائغ في الشرع وان كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز ويفهم ما يوصي به من السفيه والصغير جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي تجوز وصية السفيه ولا تجوز وصية من لم يحتلم والدليل على ما نقوله ان الصغر حجر فلا يمنع صحة الوصية مع التمييز كالسفه (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك تجوز وصية اليفاع وقال ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصي به ابن تسع سنين وشبهه وقال أصبغ تجوز وصية الصبي والصبية اذا عقلا ما يفعلان وهذا فيما يلزمه من الوصية وأما التدبير فقد قال عبد الملك لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى والفرق بين الوصية والتدبير ان التدبير عقد لازم (فرع) اذا أوصى الصبي الى غير وصيه بفرق ثلثه فللوصي أن لا يلي غيره تفريق ثلثه قاله أشهب ووجه ذلك انه محجور عليه وانما أبيح انفاذ ثلثه في وجوه وصيته وليس له صرف تولي ذلك الى غير وصيه الذي قد لزمه حجره (مسئلة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز وصيته ووجه ذلك انه لا يصح قصده كالمغمى عليه

(فصل) وقوله فليوص لها وهي بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذي لا يرث ولا خلاف في جواز ذلك قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين فنسخت الوصية للوالدين والوارث وبقيت في حق الوارث القريب

الذى لايرث ومن جهة المعنى أنه انما حجر عليه فى حال حياته فى ماله لحقه لا لحق غيره فلما مات بطل أن يحجر عليه لحقه لانه لم تبق له منفعة فى ماله غير ما يوصى به فكان النظر له تجويز وصيته (مسئلة) وتجوز الوصية للاجنبى مع وجود القرابة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى والأوزاعى والثورى وقال الحسن وطاوس ان فعل ذلك ردت وصيته الى قرابته وقال ابن المسيب من أوصى لغير قرابته بثلثه رد الى قرابته من ذلك ثلثا الثلث وينفذ الثلث للموصى لهم وبه قال ابن راهويه

(فصل) وقوله فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم يقتضى ان اسم المال يقع عندهم على الارضين والأصول الثابتة وقوله فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الاخبار عن تجويز وصيته بكثير المال وان ذلك لا يختص بقليله وان وصيته تصح بالتمليك المطلق للاعيان ولا تختص بالتحبيس والتسبيل

(فصل) وقوله وان ابنة عمه الموصى لها هى أم عمرو بن سليم يقتضى الاشارة الى تصحيح الرواية ومراعاة الراوى الذى هو عمرو بن سليم لها لتعلقها به ويحتمل أن يشير بذلك الى أن وصية الصغير تجوز للغنى ان كانت معروفة بالغنى وغير داخلة فى جملة الفقراء ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف فى عقله والسفيه والمصاب الذى يفيق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له ﴾ ش وهذا على ما قال انه تجوز وصية الضعيف فى عقله يريد الضعيف العقل وهو الذى لا يستقل بنفسه ويحتاج الى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة أحواله وهو مع ذلك يميز ويفهم وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق يريد بذلك الذى وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فانه يريد به الذى يتلف ماله فى وجوه السفه أو يشتغل عن تثميره وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذى أصيب بعقله اما بصرع أو بما شاء الله تعالى فاذا كان يفيق أحيانا وكانت وصيته حين افاقته فهى جائزة قال عبد الملك تجوز وصية المجنون فى حال افاقته كما تجوز شهادته فى حال افاقته ان كان عدلا (مسئلة) واذا ادان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك كالحى الا أن يوصى به فيجوز ذلك فى ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك قال ابن كنانة وان كان سمى ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله فى ثلثه لم يجز ذلك على ورثته فاذا أوصى به على وجه الوصية فهو مبدأ على وصاياه (مسئلة) وأما تدبير السفيه فقد قال عبد الملك ان دبر السفيه خادما كثيرة الثمن لم يجز تدبيره ويجوز فى قليلة الثمن وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن القاسم له تدبير عبده فى المرض فاذا صح بطل ذلك وقال ابن كنانة تجوز وصية المولى عليه وتدبيره ومالا يقع فيه الا بعد موته وانما يمنع من ماله فى حياته وعدم رشده وجه قول أشهب انه من العقود اللازمة فلا يلزمه كالبيع والشراء ووجه قول ابن القاسم انه حكم الوصية فاذا دبر فى مرضه روعى أمره فان مات من مرضه فحكم التدبير والوصية واحد فينفذ ذلك وان أفاق بطل ذلك لانه عقد لازم

﴿ الوصية فى الثلث لا تتعدى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبى وقاص عن أبيه أنه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف فى عقله والسفيه والمصاب الذى يفيق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له

﴿ الوصية فى الثلث لا تتعدى ﴾

* حدثنى مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد ابن أبى وقاص عن أبيه انه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ماتجعل في في امرأتك قال فقلت يارسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة ﴾ ش قول سعد جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع سنة في عيادة المرضى وهي من القرب يدل على ذلك ماروى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء بن عازب أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع الجنائز ونعود المرضى ونفشي السلام

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ماترى دليل على جواز اخبار العليل بشدة حاله اذا تسبب بذلك الى النظر في دينه ويجوز ذلك اذا تسبب بذلك الى معاناة أمله ويجوز أن يخبر بذلك من يرجو بركة دعائه ويخبر بذلك من يعلم اشفاقه وقد روى الحرث بن سويد عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقلت يارسول الله انك توعك وعكا قال أجل اني أوعك كما يوعك رجلان منكم وروى القاسم بن محمد ان عائشة قالت وارأساه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارأساه لقد هممت أن أوصي الى أبي بكر والله وأعهد وانما يكره ما كان منه على وجه التشكي والتسخط وذلك محبط للاجر أومؤثر فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنة لي هذا اللفظ وان كان يقع على يسير المال وكثيره فانه لا يستعمل الا في كثيره واستكثر مثل ذلك المال للابنة لانفرادها على عادة العرب وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء وانما كانت تعده للرجال ويحتمل أن يكون ظن انها تنفرد بجميع المال ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها ورأى انه اذا تصدق بنصفه يكفيها نصف ما يبقى منه بعد ما يتصدق به قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني الا ابنة لي يريد من النساء ويحتمل أن يريد بقوله أفأتصدق بثلثي مالي ان يبتله قبل موته ويحتمل أن يريد به أن يوصي بذلك المقدار في وجوه بر فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن الثلثين ثم عن الشطر وأباح له الثلث ووصفه بالكثرة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي انه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله وذلك يمنع الزيادة عليه فان حملناه على الوصية فقد اتفق العلماء على ان له الوصية بالثلث وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس انه قال لو غض الناس الى الربع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير أو كبير فحمل قوله والثلث كثير على استكثار الثلث في الوصية والندب الى التقصير عنه وروى عن عمر رضي الله عنه انه أوصى بالربع وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال رضيت في وصيتي بما رضي الله به لنبيه من الغنيمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اتفق العلماء على ان من كان له وارث فليس له أن يوصي باكثر من ثلثه لقول النبي صلى الله عليه وسلم والثلث كبير لقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فثبت بذلك حق للورثة في مال المريض يمنع مازاد على الثلث (مسئلة) فان لم يكن له وارث فهل له أن يوصي بماله كله فمذهب مالك انه لا يجوز وبه قال الشافعي وهو قول زيد بن ثابت وجوز ذلك أبو حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب والدليل على مانقوله ان له من يعقل

قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ماتجعل في في امرأتك قال فقلت يارسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة

عنه فلم يكن له أن يوصي با كثر من الثلث أصل ذلك من يرثه بنوه (مسئلة) فاذا أوصى الميت با كثر من الثلث فاجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذا منهم لفعل الموصي ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافا للشافعي في قوله انها ابتداء عطية قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك ان المنع انما هو لحق الورثة فاذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصي و بمنزلة حكم الثلث (مسئلة) وان رده الورثة رد منه ما زاد على الثلث وليس لهم رد شئ من الثلث ووجه ذلك ان حقوقهم انما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن يتعدوه الى ما لم تتعلق به حقوقهم لان حقوقهم تتعلق بثلثي المال بمرض الموصي وانما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي بموت موروثهم دون وصية والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك الا أن يكون الوالي يجريه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فاذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر (مسئلة) ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزئه أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن المسلمين لا عن الميت ووجه ذلك ان ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله الى وارث معين أو غير معين فان كان معينا دفع اليه وان كان غير معين تصدق به عمن صار اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى نصراني بجميع ماله للكنيسة ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع الى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك ان الذي اذا لم يكن له وارث فان ماله للمسلمين فالحكم في تركته بين المسلمين وبين الناظر في الكنيسة فيجري على حكم الاسلام فلا يجوز له وصية في أكثر من ثلثه (مسئلة) وهذا اذا أوصى با كثر من الثلث دون اذن الورثة فان أذنوا له نفذ

(فصل) فان حملنا قوله أفأتصدق بثلثي مالي على ابتال الصدقة في المرض فان النبي صلى الله عليه وسلم قد منع من ذلك وانما أطلق اللفظ في الثلث على انه كثير وعلى هذا فقهاء الأمصار انه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله الا الثلث بصدقة أو عتق أو هبة أو محاباة في بيع فان زاد على ذلك فالزيادة موقوفة مراعاة فان أفاق من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية ان أجازه الورثة والا رد الى الثلث ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لان حكمه حكم الوصية وشذ أهل الظاهر فقالوا ابل يلزمه الجميع اذا قبضت الهبة أو الصدقة والدليل على ذلك قول سعد أفأتصدق بثلثي مالي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا ثم قال الثلث والثلث كثير وهذا بين في رد ما ادعوه ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد ولا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة (مسئلة) اذا ثبت ان حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة فقد قال القاضي أبو محمد في معونته انه يتعلق به حكم الحجر فيما زاد على قدر حاجته من الانفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج اليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب ويمنع من السرف وما خرج عن العادة لان ذلك اخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان في معنى اضاعته وذلك ممتنع قال وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء لان حق الورثة لم يتعلق بعين المال وانما تعلق بمقداره وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ولا يمنع المريض من البيع والابتياع اذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة قال ابن القاسم وأشهب وهبته للثواب كبيعه (مسئلة) واذا باع

عبـدا ليس له غـيره فوضع فيه فان كانت المحاباة قدر ثلثه جاز وان كانت أكثر من ثلثه جاز منها قدر الثلث رواه على بن زياد عن مالك وفى الموازية عن ابن القاسم فيمن أسلم فى سلعة ثم أقال منها فى مرضه فمات ولم يدع غيرها فان لم يكن فى ذلك محاباة فهو جائز وان كانت فيه محاباة خير الورثة بين الاجازة وبين ان يقطعوا له بثلث ماعليه ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ وقال عيسى يمضى له منه ما لا محاباة فيه ثم يخير الورثة فى باقيه فاما ساموه واما قطعوه بثلث مال الميت فى باقى العبد وهذه الألفاظ كلها تعود الى معنى واحد وهو أن محاباته فى ثلثه وانما اختلفت عباراتهم لان بعضهم قصد الى بيان منتهى الحكم وبعضهم قصد الى صفة تناول الأمر والله أعلم وأحكم (فرع) فان قال المبتاع أنا أدفع بقية ثمن العبد وآخذه فقد قال عيسى وأصبغ ليس له ذلك قال عيسى ولا للورثة أن يلزموه ذلك يريد والله أعلم أنها لا تملك أخذ بقية الثمن منه (مسئلة) وانما ينظر الى قيمة المبيع يوم البيع لا يوم يموت البائع قاله أصبغ سواء كان البيع من وارث أو غيره ووجه ذلك أن المبتاع يضمن المبيع من يوم البيع فيجب أن ينظر فى قيمته يوم البيع فان زادت بعد ذلك القيمة أو نقصت فانما طرأ ذلك على ملكه (مسئلة) وان باع فى مرضه ورقا بذهب فحابى فى ذلك وأوصى أن يباع ذلك منه وفيه محاباة أو لا محاباة فيه فهو جائز قاله أصبغ قيل قد قال قائل انه حرام للتأخير قال لا أرى ذلك الا حلالا لانه لم يرد به التأخير ووجه ذلك انه موقوف على الفسخ فهو جائز حتى يرد كالرد بالعيب (مسئلة) ومن نحل ابنه فى مرضه فتزوج الابن لذلك ودخل أو زوجه هو بذلك فذلك مردود الى الورثة والنكاح ثابت وتتبعه الزوجة بالمهر من الموازية ووجه ذلك أنها هبة فى المرض فلا تفوت بالقبض وانما لها حكم الوصية ان مات من ذلك المرض

(فصل) وقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس يقتضى أن ذلك خير لسعد والا فلا فائدة له فيما هو خير لغيره دونه وذلك يكون من وجهين أحدهما أن بقاء ورثته فى غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم عالة يتكففون الناس وهذا الذى جبل عليه أكثر الناس فامن أحد فى الأغلب الا يريد الخير والخصب لذريته وربما آثرهم فى ذلك على نفسه والثانى انه يحتمل أن يشير بذلك صلى الله عليه وسلم الى أنه أفضل له فى الآخرة وأكثر لاجره اما لان حكم البنات يجب أن يكون فى ذلك حكم البنين واما لان صلة من قرب منه أولى من صلة من بعد منه وأعظم لاجره لقوله تعالى أو اطعام فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة وقوله واعبدوا الله ولا تشركوا به شيأ وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل فقدم الوالدين ثم ذا القربى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث واما لان حق الورثة قد تعلق بثلثى ماله تعلقا منع القليل منه تخير له الرضا بذلك والتسليم لحكم الله تعالى فيه من أن يتعدى الى اتلافه فتبقى الورثة بعده فقراء عالة وانما ورد الأمر بالوصية لمن ترك غنى دون من لا يتركه قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية وفى الجملة أن هذا يقتضى أن الغنى فيه خير ولو كان الغنى شرا لكان خيرا له أن لا يدع ورثته أغنياء

(فصل) وقوله وانك لن تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله الا أجرت بها حتى ما تجعل فى فى امرأتك يقتضى أن النفقة اذا أريد بها وجه الله والتعفف والتستر وأداء الحق والاحسان الى الأهل وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التى يؤجر بها المنفق وان كان ما يطعمه امرأته وان كان غالب الحال أن انفاق

الانسان على أهله لا يهمله ولا يضيعه ولا يسمى الا له مع كون الكثير منه واجبا عليه وما ينفقه الانسان على نفسه أيضا يؤجر فيه اذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي يريد والله أعلم أن يخلف بمكة بعد انصراف أصحابه الى المدينة مع النبي صلى الله عليه وسلم اشفاقا من بقائه في الأرض التي هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه الى الأرض التي هاجر اليها وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح يريد لا تفتتح الهجرة بعد الفتح وأما من هاجر قبل الفتح فان حكم الهجرة ثابت في حقه لازم له الى أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي انه انما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت في حقه وقد منع من الرجوع عنه ولزمه المقام مع النبي صلى الله عليه وسلم حيث أقام والنصرة له والحماية ومن لم يهاجر قبل الفتح لم يلزمه هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة يريد والله أعلم انك ان خلفت فعملت عملا صالحا ازددت به درجة ويحتمل أن يريد بقوله ههنا انك لن تخلف وجهين أحدهما أن يخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملا صالحا والثاني أن يخلف بمكة التخلف الذي أشفق هو منه فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيأ من هجرته بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوب له يزيد في درجاته ويرجح ميزانه في الدنيا والآخرة وانما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت فيها على قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار لسعد انه لن يموت بمكة لقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة والى أن من مرض بمكة وهو على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجرين فكيف أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون التخلف ههنا الابقاء بعد من يموت من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا أمر على العراق فأتى بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سجع الكهان فاستتابهم فأبى بعضهم فقتلهم فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به ويحتمل عندي أن يكون اشارة الى بقائه بعده صلى الله عليه وسلم الى وقت ولي أمر الكوفة وغيرها وقاد الجيوش فانتفع به من استحق النفع واستضر به من استحق الضر وكان في ذلك تنبيه له على أنه سيملك أن ينفع ويضر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر في الهجرة وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به من الهجرة وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من امضاء الهجرة لهم وتصحيحها في جنبتهم وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة فلا تدفنه بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لكن البائس سعد بن خولة البائس عند أهل اللغة الذي يتبين عليه أثر البؤس من شدة الفقر وقوله يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة ذكر ابن

مز بن أن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم يهاجر حتى مات فكره له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورثى له وذكر البخاري أن سعد بن خولة شهد بدرا ثم انصرف الى مكة ومات بها وروى ابن بكير عن الليث انه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقول الأول عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم انه رثى له ان مات بمكة وهذا يقتضي ان لموت المهاجر بمكة تأثيرا في هجرته ونيله لها اما أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة واما أن يكون لمن مات بها على أي وجه كان وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم على انه قل من مات بمكة من المهاجرين ولعله قد أجيبت فيهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحاصان يحاص الذي أوصي له بالثلث بثلثه ويحاص الذي أوصي له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من اجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلت له خدمة العبد ما عاش عتق العبد ﴾ ش هذه المسئلة مبنية على جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري والليث وقال ابن أبي ليلى لا يصح ذلك وقال الطحاوي وهو القياس ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعرية (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوصي له بخدمة عبد أو سكنى دار جاز له أن يكري ذلك الا أن يعلم ان الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافا لأبي حنيفة والدليل على مانقوله ان هذه منافع فصح بدلها فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد * اذا ثبت ذلك فمن أوصى بثلث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانا ما عاش ثم هو حر ففيه أربعة أبواب * أحدها ان الوصايا اذا ضاق عنها الثلث وتساوت في التأكيد وقعت المحاصة فيها سواء كانت في لفظ واحد ووقت واحد أو أوقات مختلفة ومجالس شتى * والباب الثاني في أخذ الموصى له مايوجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به * والباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدة التعمير * والباب الرابع في تبدئة بعض الوصايا على بعض والله أعلم وأحكم

(الباب الأول في التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم)

أصل ذلك ان الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما أمكن الجمع بينه ولا يبطل منها الا ما لا يصح أن يجمع مع ما يثبت وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فمن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ان الثلث بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى لآخر بجميعه لكان الثلث بينهما على أربعة أسهم خلافا لأبي حنيفة في قوله هو بينهما بنصفين والدليل على مانقوله ان التفاضل في الوصية يقتضي التفاضل في القسمة كما لو اتسع الثلث لذلك وهذا حكم الفرائض في العول وقد ثبت ان الثلث سدسان والنصف ثلاثة أسداس فيكون لصاحب الثلث خمسا الثلث ولصاحب النصف ثلاثة أخماسه وهذا حكم الجميع مع الثلث لان في الجميع ثلاثة أثلاث والثلث المنفرد رابع وهو ربع الجميع فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذي يلزم الورثة انفاذه ولصاحب الثلث ربعه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بعبد وهو سدس المال فانما الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه في كل شئ ولصاحب العبد ثلثه قاله أشهب في الموازية ووجه ذلك ان الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصي به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما أمكن

قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامي يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحاصان يحاص الذي أوصى له بالثلث بثلثه ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من اجارته ان كانت له اجارة بقدر حصته فاذا مات الذي جعلت له خدمة العبد ما عاش عتق العبد

ذلك فوجب التحاص (مسئلة) ومن أوصى بعبده ميمون لزيد ثم أوصى به لعمرو ولم يذكر رجوعا عن الوصية الاولى فانه يكون بينهما بنصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك لو كانت دارا لكانت بينهما أو ما حمله الثلث منها وبه قال جمهور العلماء وقال عطاء وطاوس هو للآخر ودليلنا ما قدمناه ان الوصايا مبنية على المحاصة لانها حقوق مقدرة في المال تنتقل عن ميت الى مالك دون عوض كالمواريث التي يدخلها العول (فرع) اذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز انه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول عبدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو فهذا رجوع فان لم يقبله الثاني فلا شئ فيه للاول وقال القاضي أبو محمد في معونته وذكر في المجموعة والموازية اذا قال عبدي لفلان وهو لفلان فهو بينهما فان رد الثاني فنصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو وأنه رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدي الذي أوصيت به لزيد ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب وجوابه هو لعمرو وذلك يقتضي أن هذا جميع الخبر وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدي ميمون لعمرو واذا قال عبدي ميمون وصية لزيد ثم قال في ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدي ميمون لعمرو فان كان كل واحد من القولين قائما بنفسه مستقلا بخبره لا يفيد الا ما يفيده الآخر فوجب التشريك وفي المدونة من قال العبد الذي أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك ان كان في الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى فهي ناقصة لها فلم يصرح بأن الثانية ناقصة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة وانما الرجوع البين عن الوصية أن يقول هو لزيد بل لعمرو أو يقول قد صرفته من زيد الى عمرو فانما الاعتبار بالتصريح بصرفه عن الموصى له به أولا ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخرا والله أعلم (مسئلة) ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لاجنبي ففي الموازية عن ابن القاسم وأشهب انه بينهما وان لم يجز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثا ووجه ذلك انه أوصى به في وجهين فاقتضى ذلك التشريك بينهما الا أن نصيب الوارث للورثة فيه الخيار بين الاجازة والرد ولا خيار لهم في نصيب الأجنبي ولا في شئ منه اذا حمل الثلث العبد ولو أوصى لاجنبي ولوارث لا وارث له غيره ففي المدونة أن الأجنبي مقدم في الثلث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لانه انما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك قدم الأجنبي عليه واذا أوصى لاجنبي ولوارث من جملة ورثته كان لوصية الوارث تأثير لانه أعطاه بها ما لم يكن له دونها فلم يقدم الأجنبي عليه (مسئلة) ومن أوصى بعتق عبد ثم أوصى به لرجل فهو رجوع وكذلك لو أخر الوصية بعتقه قاله ابن القاسم وقال أشهب في الموازية العتق يبدأ وحكى القاضي أبو محمد ان العتق مبدأ قدم أو أخر وجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضي أبو محمد ان العتق لا يجوز الاشتراك فيه لانه بمنزلة ابتدائه فاذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حمل على الرجوع ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين اذا اجتمعتا في عين قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية وان تعلقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بازالة ملك والوصية بتمليك العبد وصية بتمليك والفرق بينهما أن حصص التمليك يجمع بينها في المحاصة في التفليس وغيره ولا يجمع بينها وبين العتق وأيضا فان الوصايا يحاص بينها اذا اجتمعت في التمليك ولا يحاص بينها اذا كان بعضها بعتق وبعضها بتمليك وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى لزيد بعبيد سماهم ثم أمر رجلا

آخر ببيع كل عبده ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الآمر فان كان مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم تغير الا بأمر بين وقال ابن القاسم أمره ببيع كل عبد رجوع عن الوصية كما لو أمر أن يتصدق عنه بكل ماله فى ذلك البلد على رجل لكان رجوعا والصدقة أثبت من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبد له بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب ان اللفظ الخاص واللفظ العام اذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قابله من العام لأن اللفظ الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يحتمل غيره واللفظ العام يتناوله على وجه محتمل وقول ابن القاسم مبنى على مذهب أبى حنيفة فى أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم وقول ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا وهذا قد ذكرته فى أحكام الفصول بما يغنى الناظر فيه ويجب أن لا يسمى ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله فى ذلك البلد اذا كان الموصى بهم من جملة ماله فى ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم أوصى ان يباع أو قال بيعوه من عمرو ففى المجموعة والموازية عن أشهب انه رجوع قال الا ان يقول عبدى لزيد وبيعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلثى ثمنه ويعطى ذلك لزيد وجه ذلك ما مضى غير انه فرق بين ان يوصى بالعبد لزيد ثم يوصى به على الاطلاق أو من عمرو وبين أن يوصى به لزيد ثم يقول بيعوه من عمرو وقد كان جمع بينهما اذا أوصى به لزيد ثم قال هو لعمرو فجعل للوصية بالبيع تأثيرا فى أحد الوجهين وذلك أن البيع انما تتناول الوصية به ازالة الملك فأشبه العتق من هذا الوجه والبيع يتضمن التمليك ولا يتضمنه العتق بل ينافيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم قال بعد ذلك خدمته لعمرو قال أشهب فى المجموعة ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء فان حمله الثلث استخدماه واستغلاه جميعا بالسواء وان لم يحمله الثلث فلورثته ان تجروا ان يسلموا اليهما ثلث الميت ووجه ذلك ان المقصود من العبد الخدمة فلما آثر منه المسمى على الاطلاق وبلفظ الاستيعاب ساوى الذى أوصى له برقبته لأن ذلك أيضا يقتضى استيعاب الخدمة فيتساويان فى ذلك لما قدمناه ان حكم الوصيتين التشريك ما أمكن ذلك ولم يناف ان تكون الخدمة بينهما حلت الوصيتان على ذلك وليس ذلك بمنزلة الذى يوصى برقبته لاحدهما وللآخر أن تباع منه فانه محال أن تبقى رقبته لزيد مع بيعه من عمرو فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن تباع من عمرو ويصرف الثمن الى زيد لانه بدل رقبته التى أوصى له بها لانه كانه لما وصى ببيعه ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته به لزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة انهما يتحاصان فى خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين وصاحب السنة بسهم ولو قال يخدم زيدا سنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلانا سنتين لتحاصا فى خدمة السنة لزيد ثلثها ولعمرو ثلثاها فيكون حرا قاله كله ابن القاسم فى المجموعة ووجه ذلك انه استثنى فى المسئلة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق واستثنى فى المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى بخدمة سنتين فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة فى السنة الثانية فقدم العتق وفرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذى أوصى بعتق عبده ميمون ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعا لان العتق يبطل فى تلك السنة وهو فى مسئلته باق ثابت الحكم فلم تكن الوصية بخدمة السنة الثانية رجوعا عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبد له لزيد ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان حمل ذلك الثلث فالعبدان لزيد والعبد

الثالث بينه وبين عمرو بنصفين ووجه ذلك ان في العبد الواحد وقع التشريك فكان بينهما والعبدان سلما من ذلك فسلما لمن أفرد بهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى بها لزيد فليضرب فيها زيد بمائة وعمرو بخمسين رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم تتعدها الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كانه أوصى بخمسين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد ان أوصى له بخمسين فسقطت الخمسون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين فيكون لزيد ثلثا المائة وله مرو ثلثها والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدنانير مسماة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزء على التسمية والثانية تبدئة التسمية على الجزء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء آكد في باب الوصايا من التسمية ألا ترى انه لو أوصى له بألف فتلفت التركة كلها الا الألف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فبطلت التسمية ورجعت الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية آكد من الجزء المنص على قدرها بوجه غير محتمل والجزء لا تتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انهما جهتان للاستحقاق بالوصية فلم تكن احداهما أولى من الاخرى ورجع الى المحاصة واستدل سحنون على المحاصة انه قد انتقص كل واحد منهما بما أدخل عليه من صاحبه

(الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به)

وذلك ان الوصية لا تخلو أن تكون عروضا كلها أو عينا كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث فقد روى علي بن زياد فيمن أوصى له بعبد ثمنه عشرون دينارا وله أموال عريضة فقال الورثة لا نحب أن نخلص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل اتساعه له فيخير وا بين الاجازة والقطع بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله فليس للورثة منعه من ذلك الا لوجه مضرة تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قولي مالك وذلك ان من أوصى لرجل بعبد وهو أكثر من ثلثه فلم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه قال عبد الملك وابن كنانة ورواه علي بن زياد عن مالك في هذه المسئلة ثم رجع فقال يقطع له بالثلث في ثلث العين الموصى بها واختاره ابن القاسم وأشهب وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب وجه القول الأول ان هذه وصية عالت على الثلث فاذا لم تجز الورثة ردت الى ثلث التركة كما لو كان معظم المال غائبا أو دينا ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب ان العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث لبطلت الوصية ومعنى ذلك انه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بتلك العين فلا ينقل عنها وانما يبطل ما زاد على الثلث (مسئلة) ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عروض فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عروضا حاضرة وأوصى بدنانير فلا ينا جز فيها وتباع عروضه وتعطى الدنانير ولا يخلع له الثلث ان لم يصبروا عليه حتى تباع العروض وتعطى قال ابن المواز وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين فيه بخلاف الدين والمال الغائب وليعجل وصية الميت فاذا ترك مائة دينار وعروضا وأوصى بمائة دينار فلا ينتظر بيع ذلك وتعجل وصية الميت من المائة العين

ووجه ذلك انه ليس ههنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت واذا أخرج الثلث صاحب الوصية على وجهه فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له (مسئلة) فان كان فى التركة دنانير وعروض فأوصى له بدنانير فقد قال أشهب فى المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة لم يخلف عينا غيرها وله عروض وسرارى ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يريد حاضرة تدفع اليه العشرة الدنانير وان كره ذلك الورثة ولو لم يخلف من العين الا خمسة دنانير لأخذها وبيع له بخمسة قال ابن القاسم فى المجموعة ان لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خير الورثة بين الاجازة أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استأثر عليهم بالعين وأبقى العروض والدين فلهم الخيار فى خلع الثلث وليس ذلك بمنزلة العرض وقد تقدم من قول أشهب ان وصيته بالعين تنفذ ما لم تزد على الثلث وجه قول ابن القاسم ان للعين مزية بحضور منفعة أو عموم ما فيه يصل الى كل شئ من ساعته وسائر العروض منفعتها خاصة ومن أراد أن ينتقل من منفعتها الى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره بالعين فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين وكان له الاستبداد بعرض من العروض فلما كان للعين هذا الحكم المفرد صار له حكم التركة المفردة فروعى ثلثه وفيه معنى آخر انه اذا أبى الورثة من الاجازة تنتقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بدار ولآخر بعبد ولآخر بحائط فكان ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد منهم ما تخرج له المحاصة فى العين التى سميت له فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع لهم بالثلث فى جميع التركة دون ما سمى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه لسبب العتق * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى يقتضى انها تركة لا عين فيها فلما احتيج الى بيع شئ منها من أجل الوصية بالعين وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان ونقلت الوصية الى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان وهى كلها عروض (مسئلة) وهذا اذا كانت التركة حاضرة فان كانت غائبة أو دينا ففى المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد وبهذا الفرس بعينه لعمرو وهما حاضران فان خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك والا نفذ منهما ما يخرج من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الثانى أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا ونحن نستحسن ان لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهما فيما حضر وغاب وكل شئ منه فعلى قول أشهب لا تنتقل الوصية الى الثلث مع احتمال الثلث لها وان نقلت غيبة المال استيعاب الوصية فى العين الموصى بها وانما ينتقل الى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على ثلث التركة كلها وعلى قول ابن المواز ان كل ما منع استيعاب الوصية فى العين الموصى بها نقل الى الثلث كالزيادة على الثلث وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير ولم يترك الا مالا غائبا أو دينا فأراد الموصى له أن يعجلوها له وقال الورثة نتقاضى ونعطيك فليخير الورثة فاما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب فجعل تغيب المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس فى تركته حاضر الا مائة دينار وسائره غائب خير الورثة فان شاؤا أعطوا المائة الحاضرة وأتموا له من المال الغائب وصيته والا أعطوا له ثلث التركة حاضرها وغائبها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

لوأوصى له بدنانير معينة لاتخرج من حاضر ماله ولماله مال غائب فقد قال أصبغ فى الموازية والعتبية سواء عند أصحابنا فى قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة اذا لم يخرج مما حضر وانما اتبعهم فيه ورأى فى الاستحسان ان كانت الدنانير معينة ولم يحملها الثلث ولم يجز الورثة فليعط الثلث من كل شئ قال الشيخ أبو محمد يريد على أحد قولى مالك وأخذ ابن القاسم بقول مالك الآخر انه يحمل محمل الثلث فى الدار قال أصبغ وأما ان أوصى بدنانير غير معينة فهى جارية فى المال على ماشرط ويأخذ من كل ماحضر ونض ثلثه ومن ثمن مايبيع حتى يتم له ماأوصى له به ولا يكون له ثلث التركة قال ابن المواز ولايعجبنا قوله والصواب قول مالك التعجيل أبرأ لان الميت أراد تعجيل المائة فلم ينفذ له ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك فى المجموعة اذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع عينا غيرها وله أموال كثيرة منها البعيد الغيبة والأجل البطىء بيعه والدين المغيب فللورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فيمن لم يترك الا ثلاث دور وأرضا وأوصى لرجل بخمسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوها اياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولايبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير قال وقاله مالك فيه وفى المال الغائب والمفترق فعلى هذه المعانى الناقلة مع احتمال ثلث التركة الوصية أربعة اثنان متفق عليهما كون المال غائبا أودينا ومعنى ثالث مختلف فيه على ماتقدم وهو أن تكون الوصية عينا وباقى المال عرضا ومعنى رابع وهو ان تكون الوصية عينا معينا وباقى الوصية أصلا ينتظر بيعه (مسئلة) ومن كان له زرع أخضر وثمرة صغيرة وأوصى بوصايا يضيق عنها الثلث وترك رقيقا فان كانت الوصايا بمال فليبع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل الوصايا ثلث مانض فاذا حان بيع الزرع والثمر بيع فأخذوا ثلث الثمن وأما ان كان فى الوصايا عتق فأوصى ببعض الرقيق لأحد فلايباع من فيه وصية ويوقف فاذا حل بيع الزرع بيع ولايقسم من المال شئ ثلث ولاغيره حتى يباع الزرع الا ان يجيز الورثة ذلك فيقسمه ونبقية المال ويبقى لهم الزرع ولوأوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يحل بيع الزرع فيباع ويعتق منهم محمل الثلث رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم قال أصبغ الا ان يطول أمد الزرع فى أول مايبذره ويتأخر عنه الأشهر الكثيرة وفى ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد فليعتق منهم ماحضر ويرجأ الزرع وقد روى أشهب عن مالك فى الموازية فيمن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولايخرج من ثلث الحاضر انه يوقف العبد حتى يجتمع المال فيعتق وقاله ابن القاسم فيمايقرب من الأشهر اليسيرة وقال أشهب بل يعجل من عتق العبد ماحمله ثلث الحاضر ولو لم يحضر غيره وكلما حضر بعد ذلك شئ زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤيس من المال ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال ونحوه قال ابن القاسم فى المدة البعيدة قال سحنون لو كان ماقاله أشهب لأخذ الميت أكثر من ثلثه لأنه استوفى ثلث الحاضر فصار باقى العبد موقوفا على الورثة (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة فقد قال ابن القاسم فى الموازية يصبر حتى تباع العروض ويعطى وكذلك ان أوصى له بعبد لم يعجل حتى يعرف الورثة تحصيل المال بالقيمة قال محمد ليعرف خروجه من الثلث وقال أشهب فى المجموعة تباع له من ساعته الا أن يكون ضرر فيؤخر اليومين والثلاثة والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدته)

فقد قال مالك في الذي يوصي بثلث ماله لزيد وبخدمة عبده لعمرو ما عاش ثم هو حر والعبد ثلث مال الميت فان خدمة العبد تقوم قال أشهب في المجموعة والموازية تقوم خدمته أقل العمرين على غررها غير مضمونة ان مات أحدهما قبل ما جعل له من التعمير فما صار له حاص به الذي أوصى له بالثلث بمنتهى الثلث فيأخذ كل واحد منهم ما من خدمة العبد أو اجارته بقدر حصته فاذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئلة) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هو حر ولم يترك غيره ولم يجز الورثة فقد قال ابن القاسم في المجموعة يعتق ثلث العبد وتبطل الخدمة قال أشهب كنت أقول يخدم بثلثه فلانا سنة ثم هو حر كما يفعل ذلك اذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت فكان مالك يقول القول الاول ثم رجع مالك الى هذا القول وقاله ابن كنانة وجه القول الاول ان العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة فاذا عتق ثلثه أيضا لم تخرجه الخدمة عما أوصى له به ولا يزيده في العتق اسقاط الخدمة فلزمت الخدمة ما أعتق منه ووجه القول الثاني ان الثلث اذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين وذلك يقتضي ابطال الوصايا واذا لم يعتق من العبد الا ثلثه فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية وذلك يوجب انفاذ عتق ما حمل الثلث منه ولا يصح ذلك الا بابطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان قدم التعمير المذكور في الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك في العتبية وغيرها يعمر ون سبعين سنة وروى ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضي أبو محمد في معونته عن ابن الماجشون تسعين سنة وروى علي بن زياد عن مالك يعمر أعمار أهل زمانه وقال ابن المواز التعمير في المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وجه القول الاول ان السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالبا وانما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق في ذلك فيجب أن يراعى حق الجانبين ووجه القول بالثمانين انه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وان كانت وشذت فانما يكون في حكم المرض فكان حكم التعمير أولى بالثمانين ووجه القول بالمائة انه على حكم الحياة غاب فلا يقضى عليه بالموت الا باليقين أو ما يقوم مقامه من الامر الذي لا يبلغه أحد في زماننا وهي المائة وان أدى بلوغه لأحد فانه لا يصح أو يشذ شذوذا لا يرجى لأحد مثله وقد تقدم في المفقود من ذكر التعمير اذا أضيف الى هذا بلغ منه المقصود ان شاء الله تعالى (مسئلة) وحكم التعمير ان ينظر كم مضى من عمره الى يوم يستحق الاخذ من الوصية وينظر كم بقي له من ذلك الوقت من التعمير فيحاص بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا وانما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه ولا كم يوقف له من الوصية الا بهذا الوجه ولو أوقفنا له جميع التركة لأضر رنا بالورثة وأهل الوصايا ولو دفعنا جميعها الى الورثة وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية وأبطلنا مراد الموصي منها مع جوازها فلم يكن بد من التعمير ليتوصل بذلك الى استيفاء حقه من الوصية وايصال الورثة وأهل الوصايا الى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى له بالنفقة أو الخدمة عمره فعمر وحاص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع اليه ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له قال القاضي أبو محمد في معونته يوقف له ولا يدفع اليه ووجه ذلك انه انما يستحق ذلك الذي لكونه في تلك المدة حيا وقد تخترمه المنية قبل ذلك وقد أتلف ما عمر له التعمير وذلك ممنوع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان زاد عمره على ما عمر أو قصر عن ذلك ففي الموازية والمجموعة عن ابن القاسم ما بقي بعد انقضاء عمره رد الى أهل الوصايا يتحاصون

فيه ثم ان بقى منه شئ بعد تمام وصاياهم رجع الى الورثة وان فنى ما أصابه وهو حى لم يرجع على أهل الوصايا بشئ ولم يؤتنف له تعمير وهو كحكم مضى والقياس ان يؤتنف التعمير ويرجع على أهل الوصايا قال ابن المواز ولا يعتدل قوله انه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه مع قوله ان فنى وهو حى لم يرجع عليهم ولا أراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه فهو مال من ماله لا مرجع فيه لأحد ولا شك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر فى ائتناف التعمير فى فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفنى هو قول أشهب وبقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع فى تبدئة بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة وغيره الا ينظر الى ماقدمه الميت بالذكر فى كتاب وصيته وانما يبدأ بالأوكد فالأوكد الا أن يكون قال كذا وكذا فيبدأ على ما هو أوكد منه وفى هذا الذى قاله لا ينظر الى ماقدمه الميت فى الذكر وفى اطلاقه نظر فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك فى ماله أن يرجع عنه فأما ما لا يرجع عنه من عتق بتل فى مرضه وعطية بتلت وتدبير فيه فلا يبدأ بالأوكد ولكن بالأول وهذا الذى قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر فى الصحة على صداق المريض لان مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه ويلزم على الاطلاق قوله فى العطية البتلة أن لا يقدم المدبر فى الصحة على وصيته فى الصحة بعتق عن قتل خطأ أو ظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يريد بذلك ما يلزمه فتتعين المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب باثر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة وقال زيدوا على ذلك عشرين دينارا أوصيت بها لفلان لندبت قال وقاله أصبغ فذهب فى اللزوم ومنع التبدئة الى ما بتل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه يمنع ذلك وان شرط التبدئة فى تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصى بعتقه سواء ولا يكاد يحصل له أصل الا على ضعف وهذه الزكاة التى أوصى بها فى الصحة أو فى المرض قبل عتق بتل أو معه فى لفظ واحد فأما ان بتل عتق عبده ثم أوصى بزكاة فرط فيها فليس له ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن وهب وابن القاسم فى المجموعة عن مالك على الاطلاق ان الزكاة مقدمة على عتق البتل والتدبير فى المرض وفسره سحنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم فى المجموعة ان بدئ المريض فدبر عبدا ثم بتل عتق آخر بدئ بالتدبير ولو بدأ بالعتق لبدئ العتق لانه قد ثبت لهما من الثلث ما لا يرجع فيه فهما متفقان فى الموت قال ابن المواز ولم يختلف فى هذا قول مالك وأصحابه فجعل التقديم فى المرض وجها من الترتيب على الاطلاق ويلزم عليه ما قدمناه من المدبر فى الصحة وقد قال أشهب فى المجموعة اذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة فى لفظ واحد وان كان التدبير بعد ذلك فالزكاة والكفارات مقدمة عليه قال هو والمغيرة واذا دبر عبده ثم أوصى بزكاة وكفارات ايمان قدم المدبر فراعى التقديم فى الوصية اللازم وانما راعى التأكيد فى اللفظ الواحد وما كان فى حكم اللفظ الواحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون فى الثلث فقال العتبى وابن المواز يبدأ بصداق المريض قال أشهب عن مالك فى العتبية وان كان أكثر من صداق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفى تدبير الصحة فقدم المدبر مرة قال ابن المواز وبه قال مالك وأصحابه قال العتبى وابن المواز وقدم الصداق أخرى وبه قال عبد الملك فى المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة يسوى بينهما بالمحاصة فوجه القول بتقديم الصداق لانه مختلف فى كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون فى المجموعة

هو كالجناية ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا ينتقل من الثلث ووجه القول الآخر انه أمر لازم في الصحة فكان مقدما على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض (مسئلة) فاذا ثبت تقديم هذين الاثنين فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث الا ما قاله أشهب في المجموعة وهو ما قدمناه ذكره ان الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير وجه قول مالك وأصحابه ان التدبير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعتق تأثير في التقديم ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلتزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدبر فقد قال ابن المواز تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعتبية وقال مالك الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وابتال في المرض ووصيته يريد بذلك اذا أوصى بها وروى البرقي عن أشهب ان العتق بريد المعين يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم أحب الينا وقال ابن الماجشون في الواضحة اذا أوصى بوصايا بزكاة لعامه أو لعام فارط وزكاة فطره وكفارة ظهار وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان وما بتل في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عمن ليس بولد فذلك مبدأ على الزكاة يوصي بها مما قد فرط فيهما وعلى غير ذلك من الوصايا وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها اذا أوصى بها فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض وتقدم هي على الوصايا وجه القول الأول ان الزكاة اقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع فكان مقدما على ما ثبت من فعله وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم ما وجب منها بالشرع آكد مما أوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبتل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم تكن علي زكاة وقاله كله مالك فقد كنت أقول انه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم وذلك يقتضي ضعفها عنده لما كانت مصروفة الى أمانته وهذه صفة تساوي الوصية بها حال الصحة وحال المرض والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بتقديم الزكاة ففي كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يتحاص بينهما عند ضيق الثلث ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لانها سنة وقال أشهب تبدأ زكاة المال ثم زكاة الفطر وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال وزكاة الفطر سواء وجه قولنا بتقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت بأخبار الآحاد ووجه القول الثاني انهما زكاتان واجبتان فلم تتقدم احداهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر على مذهب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ وجه تقديم الزكاة عليهما ما قدمنا من وجوبها بالشرع وأيضا فان لهذا العتق بدلا يجزئ عنه عند عدمه ولا بدل للزكاة فكانت آكد وهذا في قتل الخطأ وأما قتل العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد وسيرد بيان نفي وجوبها في الجنايات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لهما فان كان فيهما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار نفذ ذلك إذ لا اطعام في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيهما شاؤا وقال أصبغ أحب الي أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال فيطعم عنه فان أيس من ذلك فعن أيهما شاؤا وهذا قول آخر في المساواة بينهما غير رواية القرعة وغير رواية المحاصة وهي رواية تخيير المنفذ للوصية في أن يخرج الرقبة عن أيهما شاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار فقد قال ابن

القاسم فى المجموعة انها رواية مبنية على تقديم عتق القتل فان بقى بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه أطعم
* قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن ينتقل الفرض اليه لتعذر الصيام
والعتق وقد قال ابن كنانة من أوصى بعتق عن ظهار فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه وفى كتاب ابن المواز ثم
الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام ثم اطعام الظهار فأشار الى أنها اذا انتقلت الى الطعام
لنقص حصتها من الثلث عن العتق نقصت رتبتها عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق فى الوصية (فرع)
قال ابن القاسم فى المجموعة فان لم يبلغ اطعام الستين أطعم ما بلغ وان زاد على الستين أعين به فى رقبة
ومعنى ذلك انه لما لم يطعم فى كفارة أكثر من ستين وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان
استيعاب ذلك أولى ولا يمكن ذلك الا بالعون فى رقبة وانما قال ذلك لان حكم الوصية أن لا تبطل
بالتبعيض وقيل لابن القاسم ان لم يوص الا بكفارة قتل فضاق الثلث عنها أيرجع الى الورثة قال لا
قيل يعان بها فى رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شئ مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين الى أن معنى
التحاصص بينهما ان ما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل أعين به فى رقبة وهذا أشبه بالمحاصة وعندى
انه يقسم ما أصاب الرقبتين بينهما نصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون فى ذلك فقد
ابتدأ بالقتل وقال يحاص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يقرع بينهما وبه قال أبو العباس
الابيانى (مسئلة) قال فى كتاب ابن المواز ثم اطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وانما قدمت عليهما
كفارة القتل والظهار لان العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه الا مع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على
التخيير وللعتق تأثير فى التقديم فما كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم (فرع) وقد
روى عن مالك انه انما يبدأ بكفارة الأيمان ان كانت عليه فيما علم فأما ان أوصى بها تحنيا أو تحرجا
فلا تبدأ هذه وهى كالوصايا بالصدقة (مسئلة) ثم كفارة الفطر فى رمضان وانما قدمت عليها
كفارة الأيمان لان كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر فى رمضان ثابتة بخبر آحاد
(مسئلة) ثم كفارة التفريط فى قضاء رمضان وانما قدمت عليها كفارة الفطر لانها ثابتة بالنص
وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد على أن قولنا ان أخبار الآحاد مقدمة على القياس وأما على قول
القاضى أبى بكر انهما يتساويان فيجب أن يتحاصا وقد رأيت أبا محمد عبد الحق ذكر تأثير كفارة الفطر
والنذر ولم يذكر كفارة تفريط القضاء ولعله ذهب الى أن حكمها حكم كفارة الفطر والله أعلم وأحكم
واختلف قوله فيها فقال يتحاصان وقال يبدأ بكفارة القتل إذ الكفارة للظهار بدل وقال ابن
الماجشون فى الواضحة بالقولين وقال أبو محمد عبد الحق وروى عن أبى العباس انه يقرع بينهما وقد
قيل انه معنى ما فى المدونة وهذا الذى ذكره لأبى العباس فى المجموعة لابن القاسم (مسئلة) قال
ابن القاسم فى الموازية بعد عتق القتل والظهار ثم العتق البتل فى المرض والتدبير فى المرض
وقال فى المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الاطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول
الذى أورده عند الاستيعاب وانما قدمنا عليه ما يقدم لانها كلها أمور لازمة لاسباب موجبة ووجدت
الوصية بها قبل العتق فى المرض والتدبير والعتق وغيره وقال ابن القاسم فى الموازية ان
المدبر فى المرض والمبتل فيه يبدأ وقاله مالك فى غير الموازية وقال مطرف المبتل فى المرض
يبدأ على المدبر فيه والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحاصان وقاله مالك فى المدبر والموصى بعتقه وجه
التسوية بين المدبر والمبتل فى المرض انهما لا يصح الرجوع عن أحدهما وبذلك فارقا الموصى

بعتقه ووجه قول مالك ومطرف ان المدبر والموصى بعتقه لا يخرج من رأس المال بافاقة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بافاقته قال ابن حبيب ويبدأ بتل العطية فى المرض على الموصى بعتقه بعينه ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالافاقة وفى الموازية اختلف قول مالك فى تبدئة العتق البتل والتدبير فى المرض على الموصى بعتقه فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعتقه وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتحاصون وبلغنى أن هذا آخر قول مالك وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعتقه والمبتول فى المرض والمدبر يتحاصون واحتج مالك للقول الأول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر انه كأنه قال أنتما حران ان مت فان عشت فأنت يا فلان لاحدهما حر فلم يفضله عليه فى موته قال ابن المواز وبالقول الأول أقول لانه قال له ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه لو شاء باعه فى مرضه ويبقى قوله ان عشت فأنت حر فيلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه فى مرضه ثم ادان دينا ثم صح لنفذ عتقه وكان عندى لا يكون له الرجوع فى عتقه فى مرضه (فرع) ومن تصدق فى مرضه بصدقة على رجل بتلها له وأوصى بوصايا فقد روى ابن وهب عن مالك فى الموازية ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعتق معين اذ له أن يرجع عنه وقاله المغيرة فى المجموعة وعبد الملك قال سحنون كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا بتل فى مرضه عطية أو صدقة أو حبسا أو ساق عمن ليس بوارث صداقا فذلك مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد ير يد بعينه وعلى غير ذلك من الوصايا الا عتق البتل فالعتق أولى وهما أولى من المدبر فى المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها وروى ابن القاسم عن مالك انه توقف فى تبدئة الصدقة البتل على الوصايا وكذلك فى العتبية ويبدأ أحب الى وأما على العتق بعينه فلا ويبدأ العتق (فرع) وهذا كله اذا كان فى لفظ واحد وما حكمه حكم اللفظ الواحد فقد قال فى الموازية والمجموعة والعتبية اذا كان أمرهما فى كلام واحد فى مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ فى مرضه فدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا ثم دبر هذا بدئ بالأول لانه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى بعتقه (فرع) قال أشهب فى المجموعة والكلام المتصل لا صمات بينه وهو معنى قولنا فى لفظ واحد وقال ابن القاسم فى الواضحة ما كان فى كلمة واحدة وفور واحد فهما معا وأما ما كان فى فور بعد فور فالأول مبدأ (مسئلة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبيدان بدأ بذكر بعضهم قبل بعض وأما اذا بتل فى المرض فبدأ بواحد قبل واحد ودبر كذلك بدئ بالأول ثم الذى يليه ما لم يكن كلاما متصلا وذلك بان يقول فلان حر بتلا ثم يسكت سكوتا يعلم انه لم يرد غيره ثم يبدأ فيبتل غيره فهذان يتحاصان ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسئلة) ولو بتل عتق عبد فى مرضه ثم بتل من آخر نصفه ففى المجموعة لعبد الملك يبدأ الذى بتل عتقه على النصف الذى لم يتمه لان ذلك انما يستتم من ثلثه بعد موته ولو صح ثم مات لم يستتم عليه والعطية البتل تقدم على استتمامه واستتمامه مقدم على الموصى بعتقه لان له الرجوع عنه وهذا شئ يلزمه (مسئلة) وأما عتق البتل وعطية البتل فى المرض فقد قال عبد الملك فى المجموعة ان العتق يقدم على العطية قال أشهب وعبد الملك ان كان عتقه وعطيته يعنى المحاباة فى البيع وقعا معا فاما أن يبدأ باحدهما فهو المبدأ (مسئلة) ثم الموصى بعتقه معينا يقدم على سائر الوصايا قاله مالك قال أشهب وانما يقدم العتق بعينه لان من أعتق شخصا من عبد استتم عليه ولا

يفعل ذلك فى صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك انما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان فى ملك أو غير ملك وما لم يكن بعينه فلا تبدئة له قال أشهب لانها تبدئة بمال وقال ابن أبى حازم لا يبدأ الا ما كان فى ملكه وجه القول الاول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى فى ملكه ووجه القول الثانى انها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين (فرع) فاذا قلنا بتقديمها على الوصايا فان اجتمعا ففى الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك قدمت التى فى ملكه وقال ابن القاسم فى المجموعة عن مالك يتحاصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الا من شذ أن التى فى ملكه تبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدؤن التى فى غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك انه يبدأ التى فى ملكه فتتم حريته ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره وجه رواية ابن القاسم انهما معينان كما لو كانتا فى ملكه (فرع) والرقبة التى فى ملكه والمسماة ان دخلهما عول عتق منهما مبلغ الثلث والذى بغير عينها ان دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة فان لم يبلغ أعين بها فيما يصير حرا كله قاله ابن وهب فى المجموعة (مسئلة) وان أوصى بعتق أحد عبده ناجزا وبعتق الآخر الى شهر فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية يتحاصان فيما قرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعد منه واختلف فى تقدير القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير الا أن يكون اليوم واليومان (مسئلة) وان أوصى أن يعتق أحد عبديه الى أجل وان يكاتب الآخر ففى المجموعة لابن القاسم يتحاصان وقال فى كتاب ابن المواز يتحاصان اذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ بالمؤجل قال فى الواضحة وان كان أجله بعيدا كالسنة والسنتين وفى المجموعة ان كان الى أجل طويل فانهما يتحاصان فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به وتسقط الخدمة والكتابة وهما مبدآن على رقبة غير معينة كان ذلك فى كلمة واحدة أو فور بعد فور قال عبد الملك فى المجموعة ولا يدخل المكاتب فى شئ من خدمة المؤجل قال ابن عبدوس احتج بشئ فظن ان معناه انا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة منا المكاتب وجه قول ابن القاسم ان كل واحد منهما انعقد فيه عقد يفضى الى العتق واقترن به أجل وللمكاتب مزية فانه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله فاقل ما يقتضى ذلك أن لا يقدم عليه العتق المؤجل واحتج ابن المواز للقول الآخر انه عتق بتل ولا يخاف عليه عجزه (مسئلة) ومن أوصى بعتق مكاتبه وبعتق عبده تحاصا رواه فى الموازية أشهب عن مالك ووجه ذلك ان هاتين وصيتان بعتق فى معين قال ابن القاسم عن مالك ولو أوصى بعتق مكاتبه ولمكاتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب (مسئلة) ومن أوصى أن يباع عبده للعتق فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك انه يوضع من ثمنه ثلثه ويقدم على الوصايا (مسئلة) قال أبو محمد عبد الحق ثم النذر مثل قوله لله على أن أطعم ستين مسكينا على ما يذكر عن أبى موسى بن مناس وذهب هو وبعض شيوخ بلده الى قول أبى موسى فيمن نذر فى مرضه وقول الشيخ أبى محمد فيمن نذر فى صحته ثم قال بعد النذر الوصية بعتق عبد معين وبمال وبالحج (مسئلة) واذا أوصى بالحج وبعتق رقبة معينة ففى الموازية يبدأ بالعتق وان كان تطوعا والموصى صرورة وقاله أشهب ورواه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم ورواياه عن مالك وانفرد ابن وهب فقال يقدم الحج للصرورة على الرقبة المعينة (مسئلة) واذا كانت الرقبة غير معينة فقد قال ابن القاسم فى كتابه يقدم على الصرورة وان كان العتق غير معين وروى ابن المواز عن ابن القاسم كل شئ من الوصايا مبدأ على الصرورة وقال أشهب يقدم الحج الصرورة على غير المعين وقاله ابن وهب فى الواضحة وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يحاصص

بحج الصرورة أهل الوصايا والعتق الذى ليس بمعين ففى هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم فى كتابه
يقدم العتق وقول أشهب وابن وهب يقدم الحج ورواية ابن المواز يحاص بينهما وقاله ابن كنانة
وجه القول الاول ان العتق مندوب اليه وليس فى الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الانفاق فان
الحج واقع على من يحج دون الموصى ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنيا على ان الحج تدخله النيابة
ويكون الحج للموصى ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان الحج عن غير
صرورة فعلى قولنا ان العتق يقدم على الصرورة فبان يقدم على غير صرورة أولى فان قلنا لا يقدم
على الصرورة فقد قال أشهب ان لم يكن صرورة بدئ بالعتق الذى ليس بمعين والوصايا كلها
على الحج وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شئ على الحج غير الصرورة وقاله ابن القاسم
وقال ابن حبيب الرقبة التى ليست بمعينة وحج غير الصرورة والوصايا فى الثلث شرعا سواء وقاله
أشهب وهذا الذى ذكره من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مالكا كره الوصية بالحج
ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفى الموازية اذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل
من بعض فلا تبدئة فيه وانما هى فى العتق قال مالك ومن قال ثلثى فى المساكين وفى سبيل الله
وفى الرقاب ولفلان بمائة دينار تحاصوا سواء بدأ شيأ من ذلك فى كتابه وبلفظه حتى يقول بدؤا
كذا على كذا فيبدأ أما علم انه لا تأثير للفضيلة فى التقديم وانما التأثير لكونه أوكد وألزم وقد روى فى
المجموعة وغيرها ابن القاسم وأشهب عن مالك انه ليس ما ذكره الموصى فى وصيته مبدأ وانما يبدأ
الأوكد فالأوكد وان تأخر ذكره الا أن يقول بدؤا كذا فيبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج
لكراهية الوصية لا لان سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلان بعضها
أفضل من بعض وليست بأوكد فلما تساوت فى التأكيد وجبت المحاصة (فرع) اذا قلنا بالمحاصة فانه
يحج بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغ قاله ابن القاسم ووجهه أن ذلك تبعض طريقه ولا تتبعض
مناسكه فان أمكن أن يحج بما برزت له المحاصة ولو من مكة نفذت الوصية وان قصر عن ذلك ص
﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فى الذى يوصى فى ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى
مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخيرون بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم
ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه فتكون
حقوقهم فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ ﴾ ش وهذا على ما قال انه اذا كانت وصاياه كلها صدقة فان كان
جميع من أوصى لهم معينين وذكر لكل واحد منهم عددا منصوصا عليه لم يزد عليه ولم ينقص منه
الا أن تنقصه المحاصة لضيق الثلث وان كان فى بعض اللفظ اشكال ففى الموازية فيمن أوصى فقال لزيد
عشرة ولعمرو ولخالد عشرة ان للاول سبعة ونصفا وللثالث سبعة ونصفا وللاوسط خمسة ووجه
ذلك عندى انه لو قال لزيد عشرة ولعمرو لكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة ولو قال
ابتداء لعمرو ولخالد عشرة لكان بينهما فلما قال لزيد عشرة ولعمرو ولخالد عشرة قال زيد لعمرو
ان كان أراد الموصى ان العشرة التى أضافها الىّ بينى وبينك فالخمسة لى والخمسة لك وان كان أراد ان
العشرة التى أضاف الى خالد بينك وبينه فلا شئ لك من الخمسة التى أضاف الىّ والعشرة كلها الىّ
والخمسة خالصة لى على الوجهين والمنازعة بينى وبينك فى الخمسة الثانية فنصفها لك ونصفها لى مع الخمسة
فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له أيضا منها اثنان
ونصف ولخالد سبعة ونصف فعلى هذا يجرى فيها القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسمعت مالكا يقول
فى الذى يوصى فى ثلثه
فيقول لفلان كذا ولفلان
كذا يسمى مالا من ماله
فيقول ورثته قد زاد على
ثلثه فان الورثة يخيرون
بين أن يعطوا أهل
الوصايا وصاياهم ويأخذوا
جميع مال الميت وبين أن
يقسموا لأهل الوصايا
ثلث مال الميت فيسلموا
اليهم ثلثه فتكون حقوقهم
فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ

يقل من أى شئ ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى ان مالكا رأى ان له مائة درهم وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية ان كان فى بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير وان غلب فيها الدراهم فله دراهم فان كان فيها الامران فله دراهم وهى الأقل حتى يوقن انه أراد الأكثر أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفى الواضحة عن أصبغ لو قال اعطوه طعاما ولم يقل قمحا ولا شعيرا فليعط من القمح لانه الغالب فى الناس ووجه ذلك الاعتبار بالعرف وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة فاذا عدم العرف فغيره من الأدلة وذلك بان يحمل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر انه أراد مائة مما عطفت عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجناسا فأحسن ذلك به ماهو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة فى عددها ضأنها ومعزها ذكورها واناثها وصغارها وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضى أبو محمد ان ذلك عدل بين الورثة والموصى له وذلك ان الورثة يقولون نعطى أدونها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهه عشرة فله عشرها بالقيمة لان الواحد من العشرة عشرها وربما أصابه فى القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة فان ماتت كلها الا شاة واحدة فهى له ان حملها الثلث وان ماتت خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس الباقية وانما الاعتبار بما يبقى عند القسمة وما تلف قبل ذلك فكأن الميت لم يتركه قاله فى الموازية (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب وقال أبو حنيفة والشافعى يجعل الموصى له كانه ابن آخر فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضى أبو محمد ودليلنا على ما نقوله انه اذا قال له أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى فقد أحاله على العدد الذى أوصى له به ولا خلاف ان نصيب ابنه جميع المال ونصيب أحد ابنيه النصف فيجب أن يكون له ذلك مقدما على الميراث (فرع) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ففى الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريثهم وقسمت ما يصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور واناث أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ فى كتاب ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه أو قال هو كبعض ولدى أو كأحدهم فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم قال مالك اذا قال بمثل نصيب أحد ورثتى وهم رجال ونساء وزوجات وأم فانما ينظر الى عدد من يرثه فان كانوا عشرة فله العشر قال القاضى أبو محمد لا ينظر الى اختلاف فروضهم لان الانصباء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر أولى من الأقل فلم يبق الا الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات ففى العتبية من روايه عيسى عن ابن القاسم ونحوه فى الموازيه يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربعا فله ربع الثلث فان كانوا ثلاثا فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما بقى فيقسم باقيه على الفرائض (مسئلة) واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ولم يعينه ثبت له جزء من ماله مقدر خلافا للشافعى فى قوله يدفع اليه الورثه ما شاؤا والدليل على ما نقوله ان الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدار وتقدير غير معين فكانه أوصى له بمقدار فيجب أن يطلب ما هو أولى به واذا رد ذلك الى اختيار الورثه

أعطوه الشئ اليسير الذى لاقدر له وفى ذلك ابطال الوصية (فرع) اذا ثبت ذلك فقال أصبغ وابن المواز له سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه من عدد السهام كثر ذلك الجزء أوقل قال القاضى أبو محمد ومن أصحابنا من قال يعطى الثمن وهذا رواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه قال اختلف فيه فقال له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله فى الفرائض وقيل يعطى سهما مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت وقيل يعطى سهما من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فاقل مالم تجاوز الثلث فيرد الى الثلث اذا لم يجز الورثة فان انقسمت من أكثر من ستة فلا ينقص من السدس لانه أصل ماتقوم منه الفرائض قال ابن المواز وأحب ذلك الى وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبد الحكم ان له سهما تنقسم عليه فريضته قلت السهام أو كثرت ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثه الا أن يزيد على السدس فيعطى السدس (فرع) فاذا قلنا يعطى مثل السهم الذى تنقسم عليه الفريضة فكان أصل الفريضة من ستة وهى تعول الى عشرة قال ابن القاسم فى العتبية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة (مسئلة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أوقدوا فى هذا المسجد مصباحه ففى المدونة يحاص المسجد بالثلث وبالوصايا بما سمى لها فما صار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفنى قال سحنون وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول اسقوا الماء واعطوا المساكين درهما كل يوم فكانه أوصى بثلثه لما لم يوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات ففى المجموعة لابن الماجشون انه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية مجهولة فسواء كانت فى شئ واحد أو فى أشياء كثيرة كما لو قال انفقوا على المسجد ولم يعين وقيدا ولا كسوة ولا بنيانا لضرب له بالثلث وجاز صرفه فى هذه الوجوه كلها (مسئلة) واذا أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة على قدر حاجته وحاله ولا يعطى النصف وقال أشهب فى الموازية والمجموعة فمن قال ثلثى لفلان وبنى فلان ففلان كرجل من بنى فلان يأخذ كأحدهم وقال أبو حنيفة فى الذى أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللمساكين الثلث (فرع) اذا ثبت ذلك فلو مات فلان قبل القسمة فلا شئ لورثته والثلث للمساكين قاله محمد (مسئلة) وهذا اذا جعل فى وصيته معينا وغير معين وان كان كلهم غير معين فقد قال ابن القاسم فى الموازية من قال ثلثى لقرابتى وللمساكين يعطى قرابته نصفه ولا يعطى أغنياؤهم وليكن بين فقرائهم بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغنى عن مالك فيمن أوصى بثلثه فى السبيل والفقراء واليتامى يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثا قال أشهب ومن قال ثلثى بين بنى اخوتى وبين بنى أختى وبين بنى فلان فلا يكون بينهم أثلاثا ولكن على قدر الحاجة والعدد وقاله ابن القاسم وليس كالقائل ثلثى لفلان وفلان وأحدهما فقير والآخر غنى فالثلث بينهما نصفان

(فصل) وقوله فيقول ورثته قد زاد على الثلث أضاف القول اليهم لأن القول فى ذلك قولهم اذا لم يثبت له من المال الا ما أظهروه قال فخير الورثة بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم على ماذكرت ان فسرت الوصايا أو أجملت ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فان أبوا ذلك قسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت وسلموه اليهم فتتعين حقوقهم فيه سواء كان ذلك الثلث قليلا أو كثيرا وانما كان الخيار للورثة لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث الى الزيادة عليه فكان للورثة أن يجيزوا ذلك ويمنعوا لتعلق حقهم به لأن الموصى انما منع من الزيادة

على ذلك لحق الورثة ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس والله أعلم وأحكم فلما كان لهم منعه من الزيادة على الثلث كان للوصى له أن يستوعب الثلث الذى كان للميت أن يوصى به وليس للورثة منعه منه والله أعلم

﴿ أمر الحامل والمريض والذى يحضر القتال فى أموالهم ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت فى وصية الحامل وفى قضائها فى مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع فى ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شئ الا فى ثلثه * قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب * وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا أثقلت لم يجز لها قضاء الا فى ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر * قال الله تبارك وتعالى فى كتابه العزيز والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين * وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء فى مالها الا فى الثلث ﴾ ش وهذا على حسب ما قاله ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك فى الموازية فى الاجذم والمفلوج وأهل البلاء انهم كالصحيح الا فيما يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة فى الامراض الطويلة كالفالج والجذام والبرص والجنون وحمى الربع وشبهه ان هذا كالصحيح فى أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وكذلك كل ما كان خفيفا لا يضجعه حتى لا يخرج وقد شاور قاضى المدينة العلماء فيمن به ريح يدخل ويخرج وهو مضر ومعتل مصفر يمشى أحيانا الاميال فأجازوا فعله فى النكاح والطلاق وغيره ورأوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك فى الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم الا بين اثنين وقد احتبس فى المنزل فقال فعله جائز الا ان يأتى من ذلك ما يخاف عليه فيكون كالمريض والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ان كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج الاخر وجاريديه أن ينقض فعله فان أفعال هذا فى الثلث قاله ابن كنانة فكذلك أول حمل المرأة خفيف وألمه لطيف قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به والغالب عليه البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب فاذا مضت له ستة أشهر فهو أول الاثقال قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك انه وقت يصح فيه الوضع قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا والفصال الرضاع وقال تعالى يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فبين ان الحمل يكون أمده ستة أشهر فهى ترتقب الوضع الذى يكثر فيه الخطر ويشتد فيه الألم مع ثقل الحمل وتتابع ألمه فهى بمنزلة المريض مرضا مخوفا فأفعالها فى الثلث خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان أفعالها جائزة مالم يضر بها الطلق والدليل على ما نقوله ان هذه حال تصح فيها ولادتها كحال الطلق (فرع) وبهذا تعرف انها بلغت ستة أشهر روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم ان ذلك يعرف بقولها وهى فيه مصدقة ولا يسأل النساء عن ذلك ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول فى الرجل يحضر القتال انه اذا زحف فى الصف

قال يحيى سمعت مالكا يقول أحسن ما سمعت فى وصية الحامل وفى قضائها فى مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع فى ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شئ الا فى ثلثه قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما اثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا أثقلت لم يجز لها قضاء الا فى ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى فى كتابه والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين *وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء فى مالها الا فى الثلث *قال وسمعت مالكا يقول فى الرجل يحضر القتال انه اذا زحف الصف فى

للقتال لم يجز له أن يقضى فى ماله شيأ الا فى الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليهما كان بتلك الحال ﴾ ش وأما الزاحف الى القتال فى الصف فقد قال مالك انه كالمريض فى أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضى أبو محمد فى قصاص أو حد وهو خلاف لأبى حنيفة فى اجازته لهم التصرف مالم يقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف الى البراز والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت قال الله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل ان تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون وانما رأوا القتال وهو الذى كانوا يتمنونه تعلق بهذا القاضى أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمرض المخوف والبراز فى القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما راكب البحر اذا أدركه الهول وخاف الغرق قال مالك هو كالمريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب وكذلك من جمحت به دابته وقال ابن القاسم هو كالصحيح قال القاضى أبو محمد والقول الاول أقيس لانه حال خوف على النفس كانقتال الحمل والزحف للقتال فى الصف.

(فصل) وقوله اذا زحف للقتال فى الصف يقتضى انه انما يصير له هذا الحكم اذا صار فى الصف يريد والله أعلم فى صف المقاتلين وجملتهم وأما اذا حضر فى النظارة أو كان متوجها للقتال قبل أن يصل الى الصف فليس له هذا الحكم لان بحصوله فى صف المقاتلة ومباشرة القتال ومحاولته يثبت الخوف وأما من كان فى صف الردء فلم أر فيه نصا لأصحابنا وعندى انه لا يثبت له هذا الحكم الا بالكون فى صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

للقتال لم يجز له أن يقضى فى ماله شيأ الا فى الثلث وانه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليهما كان بتلك الحال

﴿ الوصية للوارث والحيازة ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول فى هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض فى كتاب الله عز وجل

﴿ الوصية للوارث والحيازة ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فى هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض فى كتاب الله عز وجل ﴾ ش قول مالك نسختها آية الفرائض قوله تعالى الوصية للوالدين والأقربين يريد والله أعلم انه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة من الأقربين دون من لا يرث وذلك ان آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت فليس للموصى أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرها وقد روى فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالأقربون الأقارب روى على بن زياد فيمن أوصى لأقاربه ان ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب فى المجموعة يدخل فيه كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرما وغير محرم فهو ذو قرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه يدخل فى ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الاعمام والعمات والأخوال والخالات والاخوة والاخوات وروى عيسى فى العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم قال عنه أصبغ فى الواضحة ولا بنو البنات قال عنه عيسى وأصبغ الا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولد البنات قال عنه أصبغ لانه يرى انه اياهم أراد وكذلك ان كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين وروى ابن القاسم عن مالك فى العتبية لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات وقال ابن كنانة فى المجموعة يدخل فى ذلك الاعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبى بكر بن

الباد فى الذى يوصى لقرابته ينظر الى المال فان كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم وان كثر دخل فيه الخؤلة وغيرهم وحكى القاضى أبو الحسن ان اطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولد البنات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال أشهب لا يدخل فى ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالموصى للفقراء بمال ولرجل فقير بمال لا يدخل مع الفقراء فى أموالهم رواه ابن المواز عن مالك وما قاله أشهب انه استحسان وليس بقياس انما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه وانما ذكرت ذلك ليعرف مقصده فى الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى فقد روى ابن المواز عن أشهب انه يسوى بينهم فى ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ان الرجال والنساء فى ذلك سواء ووجه ذلك ان اللفظ يتناولهم تناولا واحدا لا يختص به بعضهم دون بعض ولعل هذا قول من يرى ان المؤنث يدخل فى جمع المذكر أو لان ذلك عرف الاستعمال واذا أوصى لعقبه فقد قال القاضى أبو الحسن ليس ولد البنات بعقب وكذلك اذا أوصى لولده قال ومن أصحابنا القاضى أبو الحسن عمر بن أبى عمرو ممن قال يدخل البنات فى الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) اذا قال الذى رحمى ولم يقل الذى قرابتى فهو مثل أن يقول الذى قرابتى قاله أشهب فى المجموعة ومن أوصى لأهله فنى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك ان أهله عصبته وانى لأرى لأخواله قال فى المجموعة ومواليه حقا والعصبة أبين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون اذا أوصى لقرابته أو لذى رحمه أو لأهله أو لأهل بيته فان قولنا وقول مالك وأصحابنا ان ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه من كل من يرثه ومن ليس بوارث وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان من قال آل فلان فهو كقوله أهل فلان وهم العصبات والبنات والاخوات والعمات ولا يدخل فى ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم وان لم يبق منه الا الخال والخالة لم يدخل فيه وهو العصبة دونه (مسئلة) واذا أوصى لمواليه فنى الموازية عن مالك ان كان له موال من قبل أبيه ومن قبل ابنه أو قرابة له يرثونه فليبدأ بمواليه الدنية ويعطى الآخرون الا أن يكون الأباعد أحوج وهذا يقتضى ان اسم مواليه يتناول جميعهم وروى سحنون وعيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان بين من أعتق خاصة والا فكلهم مواليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان قول مالك اختلف فيه فقال مرة يدخل فيه موالى ابنه وقال مرة القول الذى ذكرناه وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم ان كان مواليه ممن يحاط بهم فهو لمن أعتق خاصة وان كانوا كثيرا مجهولين ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم وموالى أبيه وابنه وأخيه وروى ابن عبدوس عن على عن مالك فى الذى يوصى لمواليه يدخل موالى الموالى (مسئلة) ومن أوصى لمواليه وله انصاف موال فنى العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب يعطى نصف ما يعطى المولى التام ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك ووجه ذلك انهم انما يستحقون باسم الولاء فاختص العطاء بذلك (مسئلة) ومن أوصى لمواليه دخل فى ذلك من يعتق بعده من مدبر رواه عيسى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ومن أوصى بعتقه بعد موته وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة يدخل فى ذلك أم ولده وهذا لانهم يعتقون بموته فهم حين وجوب الوصية من الموالى وقد بين ذلك عيسى فقال فى المدبر اذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما المعتق الى أجل والمكاتب فنى الموازية عن ابن القاسم ان عتقا قبل القسمة دخلا فيه وان سبقهم القسم فلا شئ

لهم وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يتحاصان مع الموالى بالسواء فما صار للمكاتب والمعتق الى أجل وقف لهما فان أدى المكاتب وأعتق المؤجل أخذه والا رد الى بقية الموالى وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة ان كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم فان لم يكن ذلك فلا شئ لهم لانهم حينئذ عبيد (مسئلة) ومن أوصى لمواليه ولهم موال أنعم عليهم وموال أنعموا عليه ففى المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للذين أنعم هو عليهم وقال عبد الملك هو لاحقهما به وأشبههما بالعطية فان اشتبها فهى بينهما نصفان

(فصل) والذى يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعة لما فيها من تفضيل بعض الورثة بغير ما يجب له بالآية التى تضمنت فريضة كل وارث (مسئلة) ومن أوصى لابن وارثه أو لأحد من قرابته ممن يظن أنه يرجع الى الوارث فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك نافذ وقاله مالك فى المجموعة ووجه ذلك انه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك الى الوارث لا يمنع الوصية له لان مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء فان اقتضى ذلك الموصى فهو الاثم ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى وهذا وجه من التعلق بالذرائع (مسئلة) ولا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليج قاله أصبغ ووجه ذلك انها يمين تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع (فرع) واذا صرفه الموصى له به الى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه أو تركه قاله أصبغ فى الواضحة ووجه ذلك ان صورته صورة الهبة المبتدأة فليس فيه ما يتحقق به التوليج الممنوع منه وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى ان الموصى لم يقصد أن يوصى له به أو ممن تظن به الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لا تنافى الغنى ولا تختص بالفقر والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لعبد وارثه فان كان بالشئ اليسير كالثوب ونحوه زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب والدينار ونحوه فذلك جائز مما يرى انه قصد به رفقه وأما بالشئ الكثير فذلك مردود ان لم يجزه الورثة وروى ذلك كله أشهب وعلى بن زياد عن مالك ولم يجوز أبو حنيفة والشافعى قليل ذلك ولا كثيره ووجه ذلك أن الكثير يرى انه لم يقصد به العبد وانما قصد به سيده وهو وارث لان للسيد انتزاعه من العبد (فرع) وكذلك الوصية لأم ولد وارثه قاله ابن القاسم وقال أشهب وابن القاسم فى المجموعة وكذلك المكاتب الا أن يكون مليا يقدر أن يؤدى فذلك جائز له (مسئلة) ويجوز أن يوصى لعبد نفسه ولمدبره ومكاتبه ومعتقه الى أجل ومن ملك بعضه ولأم ولده بالقليل والكثير لانه ليس منهم وارث قال ابن القاسم ولا ينزعه منه الورثة لانهم اذا انتزعوه منه فكان وصيته لم تنفذ فاستحسنت أن يقر بيده حتى ينتفع به ويطول زمان ذلك فان أرادوا بيعه باعوه به وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لحربى فقد ذكر القاضى أبو محمد فى اشرافه تجوز الوصية للمشركين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز تمليكه لغير الوصية جاز بالوصية كالذمى والمستأمن وفى المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب وقال فان أجيز ذلك والا فهو فى السبيل فلا يجاز هذا فى سبيل ولا غيره ويورث وهذا يقتضى ان الوصية للحربى لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه عون لهم على الحرب واعلاء كلمة الكفر فوجب أن يمنع من ذلك (مسئلة) ومن أوصى أن يحج عنه أو يصام عنه لرجل معين وله كذا أو أن ينفذ باقى الثلث ففى الموازية ما كان للصوم فليرد ولا يصم أحد عن أحد وينفذ ما أوصى به ليحج عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالصلاة والحج له تعلق بالمال وعبادات

المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) اذا ثبت ان الوصية للورثة لا تلزم فانها تجوز اذا أجازها الورثة خلافا لمن يمنع ذلك لان المنع انما هو لحقوق الورثة فاذا أجازوا ذلك فقد تركوا حقوقهم كما جاز لهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصيه لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك ﴾ ش يحتمل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصحابة الى زمانه ولذلك قال التي لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك انه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال سحنون في المجموعة وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث يقول اذا لم يجز بقية الورثة ذلك فاما ان لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمنه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) وانما راعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية وقد روى سحنون ومحمد ابن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت لزوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بذلك فلا شئ له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لانها كانت تظن انه وارث وقال أيضا ابن القاسم له ذلك علمت أو لم تعلم وجه القول الأول ما احتج به من انها أوصت له وهي ترى انه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني ان الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك اذا أجازها الورثة فهي عطية من الموصى دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم مات وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت نفذت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحته فجاز الهبة في صحته ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فالهبة باطل قاله أشهب ولو وهب امرأة هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا ترث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروعي ثبوته حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فلذلك اعتبر بحاله حين الموت

(فصل) وقوله ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة يقتضي انها مردودة اذا منع ذلك الورثة فمن أوصى لوارث ولم يوص بغير ذلك وأراد الورثة رد الوصية فهو بمنزلة من لم يوص ويقتسم الورثة التركة على سنة الميراث وان كان أوصى لوارث وأوصى مع ذلك لأجنبي فقد قال القاضي أبو محمد ان الورثة يحاصون الأجنبي كوصية الوارث فما حصل للاجنبي وما حصل للوارث رجع ميراثا وقال الشافعي يبطل حق الورثة والدليل على ما نقوله ان الميت اشترك مع الأجنبي في الثلث فلم يكن له جميعه كما لو أشركه غير وارث وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج الى تفصيل وذلك انه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى له وارث غيره أو لا يكون له وارث غيره فان كان له وارث سواه ففي كتاب ابن المواز عن مالك وأصحابه انه يحاصص الأجنبي في الثلث فما صار للاجنبي نفذ له وما صار للوارث رجع ميراثا

* قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك

فان لم يكن معه وارث غيره يعلم انه أراد تفضيله عليه فلا يحاص بذلك وكذلك لو أوصى لجميع ورثته مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الا أن يكون الورثة ذكورا واناثا وساوى بينهم في الوصية فقد خص الاناث فيحاصصن الأجنبي بما ذا يحاصصن روى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية في ابن وبنت أوصى لكل واحد منهما بمائة ولأجنبي بمائة ان الابنة تحاص الأجنبي بخمسين وهي التي زادها على موروثها لما أعطى الذكر مائة وكان يجب لها خمسون وقال غيره من أهل العلم تحاص بثلث المائة لان موروثها من مائتين ثلثا مائة فتحاص بالزائد وهو ثلث مائة وروى أشهب عن مالك في العتبية فيمن أوصى بثلثه لقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم يأكلونه قال فلا شيء للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر حظا من بعض وبعضهم أكثر أكلا من بعض فان سلموا ذلك والا قسموه على مواريثهم قال الشيخ أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاص الورثة الأجنبي عند اختلاف انصبائهم به أراد القليل النصيب الا ان يعني انه أوصى لعياله بقدر مواريثهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي انه لما أوصى بالطعام لأهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للأجنبي الموصى له بالثلث سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لوارث فانفذت وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لا تجوز له فقد قال مالك في الموازية يحلف انه ما علم ويكون له نصيبه منه ووجه ذلك ان هذا مما يجهله كثير من الناس فاذا كان مثله يجهل هذا احلف على ما أنكره من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن أوصى لوارث بعبد أو مال وقال ان لم يجزه ورثتي فلك في السبيل أو هو حر ففي المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذ منعوه ما لهم منعه وبه قال مالك وربيعة ولو قال عبدي حر وثلث مالي في السبيل الا أن يجيز الورثة لابني فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المدنيين قال أصبغ وأنا أقوله استحسانا واتباعا للعلماء وأما القياس فهو كالأول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالاول وجه قول ابن القاسم انه اذا قال عبدي حر الا أن يجيزه الورثة لابني فان وصيته انما باشرت الحرية وانما يكون تصييره الى الوارث من قبل الورثة فجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارثي فان منع ذلك الورثة فهو حر فانما باشرت وصيته تصييره الى الوارث فلم يجز لانها وصية محضة للوارث (مسئلة) ومن قال عبدي لفلان وهو أكثر من الثلث فان لم يجز الورثة فهو حر فذلك جائز وهو حر قال الشيخ أبو محمد يريد ما حمل الثلث وذلك أن ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعا لكنه لما شرط ان منع الورثة من انفاذ جميعه لفلان أن يعتق ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث كما لو قال ابتداء أعتقوا جميع هذا العبد فلم يجز الورثة فانه يرد الى الثلث والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله وان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم دون من لم يجز معناه أن يكون للرجل ثلاثة من الولد فيوصي لأحدهم بوصية فيجيز أحد اخوته ويأبى الآخر فانه يجوز له حصة المجيز من تلك الوصية وترد حصة الآبي ص (قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصي أخذوا ذلك لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

* قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصي أخذوا ذلك لأنفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فأما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

لوارث فى صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك ان شاؤا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شئ الا فى ثلثه وحين هم أحق بثلثى ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاه إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذى وهب يرجع اليه ما بقى بعد وفاة الذى أعطيه ﴾ ش وبيان ذلك والله أعلم ان اجازة الورثة تكون فى وقتين أحدهما بعد موت الموصى وهى التى تقدم ذكرها واتفق العلماء على جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصى وذلك فى حالتين احداهما حال الصحة والثانية حال المرض فاما حال الصحة فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب فان كان لسبب كالغزو والسفر ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فيمن أذن له ورثته عند خروجه لغزو أو سفر أن يوصى بأكثر من ثلثه ففعل ثم مات فى سفره ان ذلك يلزمهم كالمريض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لى ابن وهب كنت أقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم لانه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح وجه القول الأول انه سبب الوصية غالبا كالمرض ووجه القول الثانى ان هذه حال صحة فلم يلزم الورثة الاجازة فيها كما لو كانت لغير سبب فاما ان كان لغير سبب وصيته فلا خلاف فى المذهب انه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع فيه لانها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة (مسئلة) وأما الاجازة حال المرض فلا يخلو أن تتخلل بين وصيته ومرض وفاته صحة أو لا تتخللهما صحة فان تخللتهما صحة فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الموازية الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم يمرض فيموت أن ذلك غير لازم لهم لانه قد تخلل الاذن والوفاة حالة لا يصح فيها الاذن كما لو أذنوا فى الصحة (فرع) وهذا يلزمهم اليمين انهم ما سكتوا رضا بذلك قال ابن كنانة يلزمهم بذلك ووجهه ان صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا فتلزمهم اليمين انهم لم يرضوا به فى المرض الثانى (مسئلة) فان لم يتخلل بين الاذن والوفاة وقت صحة لزم ذلك الورثة قال القاضى أبو محمد وذلك فى المرض المخوف وقال أبو حنيفة والشافعى لا تلزمهم الاجازة الا بعد موت الموصى وقد روى نحو ذلك فى المجموعة عن عبد الملك فى مريض باع عبدا بأقل من قيمته بأمر بين فانه لا اجازة للورثة قبل الموت إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه والدليل على ما نقوله ان هذه حال تعتبر فيها عطيته بالثلث فلزمت الورثة الاجازة كبعد الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره فى الأصل انه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببا لمنع الموصى من الوصية بالاجازة لوصيته للوارث فاذا مات وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا الى الاجازة فمنعوا بذلك الوصية التى أباحها الشرع له والاعتماد فى ذلك على اثبات انه وقت اجازة وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة لان حال الصحة ليس بحال اجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله ولا حجروا عليه فى ثلثه وأما حال المريض بحال تعلق حق الورثة بماله وغروا عليه فى ثلثه وانما يكون أفعاله فى ثلثه كبعد الوفاة (فرع) وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك انما يلزم إذن الوارث للمريض اذا كان بائنا عنه فأما بناته الأبكار وزوجاته ومن فى عياله فله الرجوع بعد موته قال ابن القاسم وليس للسفيه اذن ولا للبكر قال ابن كنانة الا المعنسة فيلزمها وأما الزوجة فقد

لوارث فى صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك ان شاؤا وذلك أن الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شئ الا فى ثلثه وحين هم أحق بثلثى ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاه إياه فان ذلك جائز اذا سماه الميت له قال وان وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذى وهب يرجع اليه ما بقى بعد وفاة الذى أعطيه

تخاف من موجدته وليس التي يسلمها ذلك كالتي تبتدئه وقال أشهب في الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لاتهابه ولا تخاف منه فهذه لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أبيه فلا رجوع له اذا كان ممن لايخدع وقال ابن القاسم لمثل هؤلاء أن يرجعوا اذا كانوا في عياله ووجهه أن من كان في حضانته يخاف أن يقصيه ويقطع معروفه عنه ان لم يجزله فيفعل ذلك تقصيا لمسرته واستدامة لصلاح حاله معه وهو لا يريد الاجازة فكان له الرجوع في ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضي أبو محمد لايلزم الاذن من كان في عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبه ونحو ذلك

(فصل) وقوله وان سأل بعض الورثة أن يهبه وارثه ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لايقضي فيه الهالك شيأ فانه رد على من وهبه وقد رواه عنه ابن القاسم وابن وهب في المجموعة قال عنه ابن وهب الا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته فذلك له ومعنى ماذكر في الموطأ أن يقول له ان فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن تهب له ميراثك فيفعل فان ذلك جائز ووجه ذلك أنه اذا استوجب ميراثه دون تسمية فانما يستأذنه في أن يصرفه في وجوه يريدها الوارث أو غيره لا ليبقى على ملكه بعد موته فان ذلك لايصح فيه فاذا مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقد مات قبل أن ينفذ ما استأذن فيه فيرجع الى مستحقه الا أن يسمى له الموهوب له فقد بين الوجه الذي سأله انفاذه فيه وقد وجد الانفاذ من الوارث الواهب ولو قال أعطنيه أوصي به لفلان فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في الموازية اذا أذن له أن يوصي به لوارث آخر فان أنفذه مضى وان لم ينفذه فهو رد

(فصل) ولو وهب له ميراثه فأنفذ الهالك بعضه وبقي له بعض فهو رد على الواهب يريد أن يوصي ببعض ما وهبه اياه من ميراثه ويبقى بعضه لايوصي فيه بشئ فان ما أبقاه دون وصية راجع الى الوارث الواهب على حكم الميراث الذي كان عليه ص ﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول فيمن أوصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من أوصى بوصية يريد في مرضه فذكر في وصيته انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فان ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه اياه ولو أقر له بما قال الورثة لانها عطية ذكر أنها كانت في الصحة فتبطل بمرض الموصي قبل القبض وانما أقر به في حال حكم العطية فيها حكم الوصية ولا تصح الوصية لوارث فبأي الحالتين اعتبرت اقراره بطل (مسئلة) ومن أشهد في مرضه في جارية له اني كنت أعتقتها في الصحة وتزوجتها وأشهدكم أنها طالق ثلاثا فلا تعتق بذلك في ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث الا بأمر يثبت في الصحة من العتق ثم النكاح الا أن يقول في مرضه أمضوا عتقها

﴿ ماجاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايدخلن هؤلاء عليكم ﴾ ش قوله ان مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال

قال وسمعت مالكا يقول فيمن أوصى بوصية فذكر انه قد كان أعطى بعض ورثته شيأ لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك

﴿ ماجاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ﴾

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي امية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم

ابن حبيب المخنث هو المؤنث من الرجال وان لم تعرف فيه الفاحشة وهو مأخوذ من تثنى الشئ وتكسره والمخنث المذكور فى الحديث اسمه هيت وكان مولى لعبد الله بن أبى أمية أخى أم سلمة وكان يدخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ولا أرى ذلك لقول الله عز وجل ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى أولى الاربة من الرجال قال عكرمة هو المخنث الذى لا يقوم له ريد العنين وقيل هو الشيخ الهرم والخنثى والمعتوه والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحمق الذى لا حاجة له فى النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريد النساء ولا يهمه الا بطنه فلا يخاف منه على النساء وروى عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الاربة فدخل النبى صلى الله عليه وسلم يوما وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأة فقال انها اذا أقبلت أقبلت بأربع واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبى صلى الله عليه وسلم الا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم فحجبوه وقال ابن الكلبى ان هيتا قال لعبد الله بن أبى أمية وهو عند النبى صلى الله عليه وسلم فى بيت أم سلمة ان افتتحتم الطائف فعليك ببادنة بنت غيلان بن سلمة الثقفى فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان مع ثغر كالاقحوان ان قعدت ثبتت وان تكلمت تغنت بين رجليها كالاناء المكفوف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغلت النظر اليها يا عدو الله ثم أجلاه عن المدينة الى الحمى فلما افتتح الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى أبو بكر كلم فيه أن يرده فأبى أن يرده فلما ولى عمر قيل انه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ثم يرجع الى مكانه

(فصل) وقوله فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان روى ابن حبيب عن مالك ان معنى ذلك ان أعكانها وهى تراكيب اللحم فى البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهى فى بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها الى خاصرتها فى كل جانب أربع فهى على هذا ثمان وأراد العكن واحدتها عكنة وهى مؤنثة فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث

(فصل) وقوله ولا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من يفطن لمحاسن النساء من المخنثين ومن يحسن وصفهن ويهتبل بذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولى الاربة من لا يتفطن لذلك ولا يهتبل به ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذى أبيح له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذى لا ينتشر ذكره (مسئلة) وأما أولو الاربة فعلى ضربين ذوو محارم وأجنبيون فأما ذوو المحارم فانه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم ويجوز لهم أن ينظروا منها الى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين وقد قال مالك فى الموازية لا بأس أن يرى الرجل شعر امرأته وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خد ابنته اذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها وأما أن يراها متجردة فلا يجوز ذلك وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ليستأذن الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك ان هذا مما تستره غالبا كالعورة المخففة * وقال القاضى أبو اسحاق فى تفسير قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن الآية الظاهر انه يريد الوجه والكفين لان المرأة يجب عليها أن تسترها فى الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء وليس يجوز لها أن تظهر فى الصلاة الا وجهها وكفيها وفى ذلك دليل على انه لا يجوز للقربى أن يروا منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك فاقتضى قول القاضى أبى اسحاق انه منع رؤية ذوى المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية الوجه والكفين (مسئلة) وأما أم الزوجة فجوز مالك النظر الى شعرها ومنع من ذلك سعيد ابن جبير والدليل على مانقوله انها محرمة على التأبيد كالأم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بذى محرم فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فان كان مباحا له وهو الزوج والسيد فانه يجوز له أن ينظر الى العورة وغيرها وتنظر هى منه الى مثل ذلك وقد قال أصبغ فى كتاب محمد من لا يحل له فرجها فلا تطلع على عورتك فى صحة ولا مرض وحال ضرورة ووجه ذلك انها محرمة الوطء كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز نظره لها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصى وفحل فأما الخصى فلا يخلو أن يكون عبدا أو حرا فان كان عبدا لها ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يدخل على المرأة خصيا لان فى نظره الى وجهها انه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لان فيه من معنى التأنيث فأما رؤيته شعرها ففى كتاب ابن المواز عن مالك يرى شعر سيدته ان كان وغدا وكره ذلك لذى المنظر وقال ابن القاسم ان ماتملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه ولا يرى شعرها وزينتها من لا تملكه وان كان لزوجها (مسئلة) وأما الخصى العبد لزوجها ولغير زوجها ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك انه كره أن يدخل عليها اذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لا بأس أن يرى وجهها وروى عن مالك أيضا لا بأس أن يرى شعرها ان لم يكن لها منظر (مسئلة) وأما الحر من الخصيان فكره مالك أن يدخل على النساء قال عنه ابن المواز كان وغدا أو غير وغد (مسئلة) وأما الفحل فانه على ضربين عبد وحر فأما العبد لها فلا بأس أن يدخل على سيدته ويرى شعرها ان كان لا منظر له قال ابن المواز عن مالك وكذلك مكاتبها ومنع من ذلك ابن المسيب وقال لا تغرنكم هذه الآية أو ماملكت أيمانكم انما عنى بها الاماء ولم يعن بها العبيد وقال طاوس ومجاهد لا يرى شعرها ومعنى أو ماملكت أيمانكم ممن لم يبلغ الحلم * وقال القاضى أبو اسحاق فى حديث رواه نبهان عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد الينا اذا كان عند مكاتب احداكن وفاء بما بقى من كتابته فاضربن دونه الحجاب قال ففى هذا الحديث بيان ان العبد يجوز أن يرى من سيدته مايراه ذو المحارم كالأب والأخ لانه لا يحل له أن يتزوجها وليس من ذوى المحارم الذى يجوز لها أن تسافر معه لان حرمته منها لا تدوم اذ يمكن أن تعتقه فى سفرها فيحل له تزويجها والحديث الذى ذكره ليس بثابت عندى غير انه يستفاد من ذلك مذهب القاضى أبى اسحاق فى المسئلة واستدل على ذلك بقوله تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأجرى مجرى من لم يبلغ الحلم وأمر بالاستئذان فى العورات الثلاث خاصة لان الناس لا يسترون فيها كما يسترون فى سائر الأوقات (مسئلة) فأما عبد غيرها فلا يدخل عليها لانه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبى (مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر اليها لغير ضرورة أجنبى وأما الضرورة فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المرأة الكبيرة الغريبة تلجأ الى الرجل يقوم بحوائجها ويناولها الحاجة لا بأس به وليدخل معه غيره أحب الى ووجه ذلك انها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها (مسئلة) ولا بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر اليها قيل فيغتفلها من كوة ونحوها فكره ذلك ووجه اباحة الدخول عليها والنظر اليها الضرورة ومن جهة المعنى انه يحتاج الى النظر اليها ليعلم هل توافقه صورتها ومحاسنها وانما كره اغتفالها لئلا ينظر منها الى عورة وانما أبيح له النظر الى وجهها لانه

بجمع المحاسن والله أعلم (مسئلة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فانه يجوز له أن ينظر الى وجهها ويديها وهل له أن ينظر الى بدنها روى عن على انه لا بأس أن ينظر الى ساقها وعجزها وبطنها وقال لاحرمة لها وروى عن ابن عمر انه كان يضع يده بين ثديها وروى عن الشعبي ينظر الى جميعها الا الفرج وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال وسمعت مالكا يقول وهذا الامر الذي آخذ به في ذلك ﴾ ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الانصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الافلح أخت عاصم كان اسمها عاصية فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل انها بنت عاصم بن ثابت والاول أكثر

(فصل) وقوله فولدت له عاصما بن عمر قيل انها ولدته قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ثم ان عمر فارقها فاقتضى ذلك أن يكون الصبي في حضانة أمه ما لم تتزوج فان تزوجت فالجدة أم الام أحق بحضانته من أبيه وتزوج جميلة بعد عمر زيد بن حارثة فولدت له عبد الرحمن

(فصل) وقوله فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد يقتضي انه كان هنالك عند أمه أو جدته ولعله كان عند جدته زائرا لها أو لعل أمه كانت تزوجت فانتقلت الحضانة الى الجدة أم الام وأصل هذا ان الفقهاء متفقون على ان الام أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضانة ما لم تتزوج وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يا رسول الله انه ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ومن جهة المعنى أن الام أرفق بالابن وأحسن تناولا لغسله وتنظيفه والقيام بشأنه كله مع ملازمتها ذلك واشتغال الاب عنه في تصرفه فكان ذلك أرفق بالابن (مسئلة) وهل ذلك من حقوق الأم أو الولد فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ أبو القاسم هو من حقوق المرأة فان شاءت أخذته وان شاءت تركته وقال القاضي أبو محمد فاذا قلنا انه من حقوق الام فلقوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ومن جهة المعنى انه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الاشفاق من ذلك والتوجع له قال واذا قلنا انه حق للولد فلأن الغرض حفظه ومصالحه ولذلك يؤخذ منها اذا تزوجت وان لحقها الضرر بأخذه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن فيه حقا لكل منهما والله أعلم وأحكم وقد روى ابن حبيب عن سحنون ان رضي الأب والأم والولد ان يكون الولد عند أبيه ولم تتزوج أمه فلا بأس بذلك فاعتبر رضا الأم والولد (مسئلة) ونهاية هذه الحضانة في قول مالك البلوغ في الذكور ورأيت في بعض الكتب لابن وهب عن مالك ان حدها في الذكور الاثغار وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه حد الحضانة الاحتلام وقيل حتى يثغر وأما في الاناث فلا نعلم انه اختلف قوله بان لها الحضانة الى أن تتزوج ويدخل بها زوجها الا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع اذا ثبت ذلك فيختار لها الموضع الأصون وقال أبو حنيفة ان كان الولد أنثى فحتى يبلغ وان كان ذكرا فحتى يستغني عن حضنه ويقوم بنفسه وقال الشافعي اذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيا خير بين أبويه فمن اختار منهما كانت

* مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر ابن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم ابن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر الكلام * قال وسمعت مالكا يقول وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك

الحضانة له وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أنت أحق به مالم تنكحى وهذا الحديث ليس اسناده مما يحتج به ولا فى هذا الباب شئ يعتمد عليه ووجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه والام أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله والاب لا يستطيع تعاهد ذلك فكانت الام أحق بذلك الى أن يبلغ وهو الحد الذى يقوى فيه ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الابن اذا قارب الاحتلام وأنبت واسود نباته فالاب يضمه الى نفسه وكان ابن القاسم يوقت فى ذلك للاحتلام قال الشيخ أبو اسحق حده ان يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن وجه القول الاول ان الانبات هو الذى يظهر ويمكن ان تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك الا بقول الصبى ويمكن أن يكتمه ويدعيه فكان الانبات أولى ووجه القول الثانى ان كل أمر روعى فيه بناء الزوج فى حق الاناث فانه يراعى فيه الاحتلام فى حق الذكور كوجوب الفرائض وهذا ان كانت الام مسلمة حرة فان كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لا حق للنصرانية فى الحضانة لأن المسلمة لو أثنى عليها ثناء سوء لنزع منها فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرة النصرانية * قال مالك فيمن لهن الحضانة سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات ووجه ذلك انها أم حرة خلو من زوج للابن فى حضانتها رفق فكانت لها الحضانة كالمسلمة (مسئلة) واذا لم تكن فى حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفيهة أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك ان الحضانة انما هى للرفق بالصغير فاذا عجزت عن القيام به عدم الرفق وكان فى مقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان الابن فى حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف الى أبيه يعلمه ويأوى الى الام رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك أن الابن محتاج الى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه الى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف وتلك معان انما تستفاد من الاب فكان الاب أولى بالابن فى الاوقات التى يحتاج فيها الى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشره وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعانى التى تختص مباشرتها بالنساء ولا يستغنى الصغير عمن يتولى ذلك له فكان كل واحد من الأبوين أحق بما اليه منافع الصبى والقيام بأمره (فرع) فان شكا الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب سحنون الى شجرة فى الخالة تجب لها الحضانة فيقول الاب يكون ولدى عندى لأعلمه وأطعمه فان الخالة تأكل ما أرزقهم وهى مكذبة ان للاب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوى اليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته (فرع) واذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها ولا يمنع عمتها أن تأتيها * قال مالك فى العتبية ووجه ذلك ان للعمة حقا فى مطالعة حالها ومعرفة مجارى أمورها وصحتها وسقمها وما تباشر من عملها للرحم التى بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها (مسئلة) وهذا مالم تتزوج الام قبل ذلك فان تزوجت فالحضانة لها مالم يدخل بها زوجها فاذا دخل بها بطلت حضانتها ووجه ذلك أن الصبى يلحقه الضرر بتكره الزوج له وضجره به والام تدعوها الضرورة الى التقصير فى تعاهده طلبا لمرضاة الزوج واشتغالا به وذلك كله مضر بالصبى فبطل حقها من الحضانة (مسئلة) ولو تزوجت الام فرضى الزوج أن يترك عندها الولد حولين

ثم يأخـذه وأشهد بذلك فطلقت قبـل ذلك فحبسته وقام الاب بالكتاب فقـد قال مالك فى العتبية والموازية يبقى عنـدها الى أن تتزوج ثانية زاد فى العتبية ثم رجع فقال له أخذ ولده (فرع) فان طلقها الزوج أو مات عنها فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعـد أن ينتزع منها فان كان ذلك قبل أن ينتزع منها ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان تزوجت الأم أو الجدة فلم يأخذ منها الولد حتى فارقها الزوج فلا ينزع منها بخلاف أن يؤخـذ منها ووجه ذلك انه يحكم بانتزاعـه منها حتى يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته كالعيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب (مسئلة) فان انتزع منها الولد قبـل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالك فى المدونة لا يرد اليها وهو الذى ذكره الشيخ أبو القاسم وحكى القاضى أبو محمـد فى معونته لها أخـذه لزوال المانع وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجه القول الاول ان الحضانة مبنية على أن أسبابها اذا زالت زال حكمها لزوال سببها ولم يعد كما لو تركته ابتداء ثم طلبته ووجه القول الثانى أن سبب انتقال الحضانة عن الأم دخول الزوج بها وما يحذر من استضرار الولد وتبرمه به وشغل الأم عنه واذا زال الزوج فقد أمن هذا فعادت الحضانة (مسئله) ولو كان الولد مع أبيه والأم متخلية عنه فقد قال مالك فى الموازية ليس لها أخـذه ان مات الاب ووجـه ذلك انه بتركها قـد أسقطت حقها من الحضانة والصبي قد أنس بغـيرها وتسلى عنها وصلحت حاله دونها لا سيما مع ما ظهر من تركها له ورضاها بأن يلى غيرها أمره وقد قال مالك اذا ردته استثقالا له ثم طلبته لم يكن ذلك لها الا أن تأتى بعـذر له وجه قال أشهب مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها وهذا مبنى على أن الحضانة حق للام خاصة (مسئلة) واذا كان للصبي وليان وتزوجت الأم أحدهما ففى العتبية والموازية لا ينزع منها اذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ الا أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تخلو دونه وتدعه فيكون الولى الآخر أحق به وقد قال مالك فى الجـدة المتزوجة لا حضانة لها الا أن يكون زوجها جـد الصبي قال ابن وهب لا حضانة لها وان كان زوجها جد الصبي وجه قول مالك ان الجـد ولى يستحق الحضانة فلا يمنع الحضانة وجه قول ابن وهب ان الزوج على كل حال يشغل عن الصبي وهذا عندى غير مؤثر لان الأب يشغل الأم فى بعض الاحايين ولا ينقل ذلك الحضانة عنها والله أعلم وأحكم

(فصل) اذا ثبت أن حضانة الأم تبطل بدخول زوجها بها فانها تنتقل بعدها الى أقرب النساء بالصبي الأقرب فالأقرب وينتقل ذلك بتزوج الأم وعـدم من هو أحق من الأب بالحضانة من النساء الى الأب ولا يخلو أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا فانه ينتقل الى من له حق فى الحضانة من أنثى أو ذكر قال ابن المواز الوصى ومولى النعمة أحق من الام واذا تزوجت الام فالأولياء أحق بالصبيان والأولياء هم العصبة (مسئلة) فان كن اناثا فقد قال مالك فى الموازية للعم والجد أخـذ الصبية اذا نكحت أمها وأما الوصى اذا كان ذا محرم فهو أحق من الجد والعم وابن العم فان لم يكن ذا محرم فقد قال مالك فى الموازية كونها مع زوج أمها أولى لانه ذو محرم وقال أصبغ فى العتبية اذا تزوجت الأم فالوصى أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وان حصن الأبكار وهو أحق من الأخ والعم وابن العم وان كان رضى قال مالك فى الموازية اذا تزوجت الأم فالجدة أحق بحضانة الولد ووجه ذلك أنها أقرب لانها تدلى بالأمومة (فرع) اذا ثبت أن الجدة للام أحق بالحضانة بعد الام فان كان لها منزل تنفرد به فلا خلاف فى ذلك وان كانت تسكن مع الأم المتزوجة ففى الموازية عن مالك ليس لها ذلك وقال سحنون فى كتاب ابنه للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة فى حجرة واحـدة وان أبى ذلك

الأب وجه القول الاول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستثقال والتكره والتبرم وذلك مضر بالولد ووجه القول الثاني ان الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم في مسكن بل ربما نالهم رفقها بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال في الموازية ان أم الأم كالأم (مسئلة) فان لم تكن جدة وزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من مذهب مالك انها تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس هذا بشئ وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الاول ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالحضانة في ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهم وقال الخالة أم ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها أقدر على مباشرة حضانته وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعاني على الرجال في الغالب (فرع) وخالة الام كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجدة للاب ووجه ذلك ان جنبة الأم مغلبة في الحضانة على جنبة الأب كما غلبت الأم على الأب ومنها تستفاد الحضانة فلا تنتقل الى جنبة الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شئ وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من الحضانة وقدم العمات عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها وانما تؤثر جنبة الأم مع التساوي في القعدد والأول أظهر وعليه اطرد قول ابن حبيب (فرع) والجدة للاب أحق من الأب قاله في المدونة وفيها الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة فقدم الأب على نساء جنبته الا الجدة خاصة (مسئلة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والحارث تنتقل الحضانة الى الاب وفي المدونة الجدة والخالة أولى من الأب والأب أولى من الأخت والعمة وقال محمد والنساء من قرابة الاب أولى أخت الصبي ثم عمته ثم بنت الأخ قال وهذا مطروح في كتاب محمد وقال ابن حبيب الجدة للاب ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة أخي الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلف اذا انتقلت الحضانة من جهة الأم أيهما أولى الاب أو قراباته فاذا قلنا ان الأب أولى فلان به يدلون والأصل أولى واذا قلنا قراباته أولى فلانهن أرفق والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه ووجه ذلك عندي ان أصل الحضانة للنساء لانهن يباشرن ذلك ولذلك قدمت الأم على الأب فلا تنتقل عنهن الا بعدم جميعهن والله أعلم وقد قال مالك في الموازية وأم أبي الأب كأم الأب وظاهر لفظ القاضي أبي محمد يقتضي ان على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به والقول الآخر وهو قول ابن حبيب عن أصبغ يقدم جميعهن عليه ولم يختلف المذهب في أن العمة وبنت الأخ ومن كان مثلهما مقدم على من له حق في الحضانة غير الأب ولذلك قدمت الأم على الأب فلا ينتقل عنهن الا بعدم جميعهن (فرع) فاذا قلنا يقدم الأب عليهن فعدم الأب فالحضانة بعده للاخت ثم العمة قال ابن حبيب عن أصبغ ثم ابنة أخي الصبي وليس لبنت الخالة ولا لبنت العمة ولا لبنت الاخت من الحضانة شئ وقد تقدم قول أشهب في ذلك (مسئلة) فاذا عدم النساء والأب ففي كتاب محمد والاخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم قال محمد والوصي وولي النعمة أولى من الأم اذا تزوجت وقال مالك في المدونة مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة وابن العم من الأولياء وكذلك العصبة وانما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب ووجه ذلك ان من قدمنا ذكره قرابة وتعصيب .

(فصل) وهذا اذا كانت الحاضنة مع الاب فى بلد واحد أو فيما حكمه حكم البلد الواحد وأما مع اختلاف المواضع فالأب ومن له حق من العصبة أولى بذلك وفى هذا بابان * الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين * والباب الثانى فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق

(الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فاذا أراد الأب أن يرتحل الى بلد غير بلد سكنى الأم يريد السكنى فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم أو لم تتزوج وان كان انما هو مسافر يجيء ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم قاله مالك فى المدونة وقال فى الموازية ان كان الولد يرضع ذكرا كان أو أنثى وكذلك لو كان الولد كبارا ما دام يقيم قال وكذلك لو تزوج فولد له ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به الى حيث شاء ما لم يكن موضعها قريبا بحيث لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة) والوصى فى ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية اذا انتقل فهو أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وليس لاخوتهم ولا لاعمامهم وجدودهم منعه ووجه ذلك انه الناظر لهم دونهم ودون الحاضنة ومالهم عنده فكان كالأب (مسئلة) والأولياء بمنزلة الأب فى انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت الأم أو لم تتزوج قاله مالك ووجه ذلك أنهم عصبة كالأب (مسئلة) وان أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذى فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لان مفارقة الطفل عصبته فى الدار كانتقال العصبة

(الباب الثانى فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التى لا تأثير لها وتمييزها من المسافة المؤثرة)

* قال مالك فى المدونة ليس للام أن ترتحل بهم الا البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم وقال ابن القاسم فى كتاب محمد ليس لها أن ترحل بهم الا مثل المرحلة أو المرحلتين وقاله مالك وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية فيمن توفى عن بنت سنها ثمان سنين وأرادت أمها أن ترتحل بها الى خؤلتها على مسيرة مرحلتين وأبى ذلك أعمامها أن ذلك لهم دونها وقال محمد أقرب ما للأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد ولم ير أشهب أن تنتقل به الأم الا الى ثلاثة برد وجه القول الأول ان البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالبا وما زاد على ذلك فانه يشق تكرره لمطالعته فلم يكن للام احداث هذه المضرة ووجه قول ابن المواز أن ما دون ستة برد ليس له حكم السفر وانما له حكم الحضر كالبريد (مسئلة) وهذا اذا كان الأب حرا فان كان عبدا لم يكن له أن يظعن به سواء كانت أمه حرة أو أمة قاله مالك فى المدونة وقال فى غير المدونة الا أن يكون للعبد ولى فتظعن الام بهم حيث شاءت ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه وقد يخرجه سيده الى بلد بعيد ويتكرر ذلك من جهته فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الاب حرا والام أمة فعتق الولد فان الحضانة للام الا أن يباع أو ينكح أو يظعن الاب قاله مالك ووجهه انه يلزم السيد اباحة مراعاة ولدها الا انه كان عبده فاذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق فان كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق فان النكاح يبطلها وكذلك اذا بيعت فانه لا يلزم المشترى أن يئويه معها والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد الموطوءة بملك اليمين فهل لها حضانة اذا أعتقت روى ابن المواز عن ابن وهب لا حضانة لها وانما ذلك فى الحرة يطلقها الزوج وروى ابن القاسم فى العتبية عن مالك والموازية وأم الولد أحق بالحضانة

كالحرة وقول ابن وهب عندى مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضانة ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه فى الظعن فاذا كان مع الرق يمنع ذلك فمع الظعن أولى (مسئلة) فان عتقت أم الولد على ان تركت حضانة ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه يرد اليها بخلاف الحرة تصالح الزوج على تسليم الولد اليه لانه يلزمه وروى عنه أبو زيد ان الشرط لازم كالحرة

(فصل) وقوله فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضر به ويرى أن ذلك يبيح له أخذه ويجعله أحق بحضانته ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت فصار الصبى الى جدته ولم يعلم عمر أن الجدة تبتغى حضانته أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدة الغلام وهى السمراء بنت أبى عامر ونازعته اياه فقد روى سفيان عن عاصم بن عبيد الله بن عاصم عن أبيه عن جده أن جدته خاصمت فيه جده وهو ابن ثمان سنين وفى هذا نظر لانه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فلا يتصور أن يكمل فى خلافة أبى بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريد لانه كان الامام الذى يحكم بين الناس فقال عمر ابنى وقالت المرأة ابنى فأظهر كل واحد منهما حجته وسببه الذى يرى انه يقتضى له أخذه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنها لما استوعبت حججهما رأى أن المرأة أحق به فقضى على عمر أن يخلى بينها وبينه وتذهب به وتأخذ بحقها من حضانته والله أعلم

(فصل) وقوله فما راجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به وان كان يرى هو غيره ولذلك قال مالك وهذا الأمر الذى آخذ به فى ذلك يريد ما أورده من حكم أبى بكر رضى الله عنه فى هذه القضية والله أعلم

﴿ العيب فى السلعة وضمانها ﴾

معنى هذه الترجمة والله أعلم أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها بيعا فاسدا يجب رده فان ضمان ذلك العيب وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشترى الذى قبضها وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونماء فان ذلك كله للمشترى ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك أنه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة فى زمان هى فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها فى زمان هى فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير و يمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير و يقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه قال ومما يبين ذلك أن السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما فى سجن يحبس فيه حتى ينظر فى شأنه واما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته * قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة فى زمان هى فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها فى زمان هى فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير و يمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه * قال ومما يبين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يجب فيه القطع كان ذلك عليه وان استأخر قطعه اما فى سجن يحبس فيه حتى ينظر فى شأنه واما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

استثخار قطعه بالذى يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذى يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال ان من ابتاع شيأ من الحيوان أو العروض ابتياعا غير جائز يريد فاسدا فيرد لأجل فساده فان المبتاع يرد على البائع وهذا يقتضى رد البيع الفاسد ولا خلاف فى ذلك والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد عن عائشة قالت قال النبى صلى الله عليه وسلم من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض وأما ما له مثل فان هذا رده بان يرد المبتاع الى البائع ما أخذ منه ان كان باقيا فان عدمت تلك العين فمثلها ووجه ذلك انه لا يفوت بفوات عينه لان وجود مثلها يقوم مقام وجودها ولا تفوت بتغير أسواقها لان تغير عينها لا يفيت ردها فبان لا يفيتها تغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى (مسئلة) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والاشجار فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كالدور والأشجار والأرضين فاما ما ينقل ويحول فاذا فات عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته يكون بالزيادة فى عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد وبهذا قال مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة والشافعى يرد ما كانت عينه موجودة فان فاتت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان هذا عقد بيع يقتضى أن لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة فوجب أن يكون له نماؤه وعليه نقصه كالبيع الصحيح

(فصل) وقوله فليس لصاحب السلعة الا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم رد ذلك اليه يريد انه لما قبضها على الضمان كان له نماؤها وعليه نقصها وذلك يشتمل على تغير البدن والقيمة وقال الشافعى يلزمه قيمتها يوم التلف واحتج مالك على ذلك بانه ضمنها يوم قبضها وذلك يصحح من قوله انه لا خلاف انها لو تلفت عينها لكان على المشترى ضمانها قال مالك فلذلك كان على المبتاع نماؤها وزيادتها لان من ضمن الجملة ضمن الابعاض ومن ضمن الجملة والابعاض كان له النماء بالضمان

(فصل) وقوله فقد يقبض السلعة فى زمان نفاقها وقيمتها عشرة ثم يردها فى زمان كسادها وقيمتها دينار فذهب من مال البائع تسعة دنانير أو يقبضها فى زمان الكساد وقيمتها دينار ويردها فى زمان نفاق وقيمتها عشرة فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع بتسعة دنانير يريد ان تغير القيمة كتغير البدن فكما ليس له أن يأخذها سليمة قيمتها عشرة ثم يردها معيبة فكذلك ليس عليه أن يأخذها ناقصة فى بدنها وقيمتها دينار ويردها بعد تمامها ونمائها وقيمتها عشرة وكذلك الزيادة والنقصان فى القيمة

(فصل) وقوله وانما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه يريد ان من ذلك الوقت دخلت فى ضمانه بعقد تراضيا به فله ما زاد وعليه ما نقص وأما يوم الرد فلا يعتبر بقيمته فى ضمان القيمة لانه لا تأثير لردها فى الضمان وانما يؤثر فيه القبض وهو سببه فكان الاعتبار به

(فصل) وقوله ومما يبين ذلك أن السارق يسرق السلعة فانما ينظر الى قيمتها فى وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع يريد ان القبض بالبيع الفاسد قبض يعتبر فيه القيمة فكان الاعتبار فى ذلك بقيمته يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق وتأثيره فى وجوب القطع لانه لو سرق ما

استخار قطعه بالذى يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذى يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك

قيمته أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع ولو سرق ماقيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك ان أخذ بالبيع الفاسد ماقيمته عشرة دنانير ثم نقصت قيمته عن ذلك لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير ولو قبض ماقيمته دينار ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم مازاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض (مسئلة) وهذا فيما ينقل ويحول فاما مالا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لاتفوت بحوالة الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة شراء فاسدا ثم باعها بيعا صحيحا لم يرد بيعه وصح البيع الأول

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾

﴿ جامع القضاء وكراهيته ﴾ * مالك عن يحيي بن سعيد أن أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي أن هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الأرض لا تقدس أحدا وانما يقدس الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوى فان كنت تبرئ فنعما لك وان كنت متطببا فاحذر أن تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيدا على قصتكما متطبب والله

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد ان أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي ان هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الأرض لاتقدس أحدا وانما يقدس الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوى فان كنت تبرئ فنعما لك وان كنت متطببا فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيدا على قصتكما متطبب والله ﴾

ش قول أبي الدرداء هلم الى الأرض المقدسة يريد المطهرة والمقدس في كلام العرب المطهر وانما أراد موضعا من الشام يسمى المقدس ومن سمى مسجد ايلياء البيت المقدس يريد المطهر ومعناه انه مطهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر وكان ذلك في وقت من الأوقات فلزمه الاسم والوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها ان فيها يطهر من الذنوب والخطايا فيكون معنى المقدس المقدس أهلها ويدل على صحة هذا التأويل قول سلمان ان الأرض لاتقدس أحدا ولا تطهره من ذنوبه وانما يقدسه عمله فيكون على هذا التأويل انما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير منهم أنبياء وسائرهم أتباعا للأنبياء ولعله كان ذلك في وقت أمروا بملازمته كما أمر المسلمون بالهجرة الى المدينة فكان سكناها في ذلك الوقت تقدس أهلها وتطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله وبلغني انك جعلت طبيبا يريد انه يستفتى في الدين فيفتي ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب في أمر الأدواء فان كنت تبرئ فنعما لك يريد بالابراء ههنا اصابة الحق ودفع الباطل لان الباطل ومايضاد به الشرع هو الداء الذي يسأل عنه المستفتي لازالته والابراء منه بالحق الذي أمر الله به فان كان المفتي يبرئ قوله من ذلك ويزيل الباطل ويثبت الحق فنعما له أي انه نعم العمل عمله ذلك ونعم ماله فيه من الأجر الجزيل

(فصل) وقوله وان كنت متطببا يريد متخرصا فيما تفتيهم به غير عالم بوجه صوابه تخاف الخطأ ومخالفة الحق فاحذر أن تقتل انسانا فتدخل النار يريد أن يحكم بغير الحق فيزيد الباطل بك ويزيد الى حد لا يمكن استرجاعه فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه فعاناه بمايضره حتى قتله وفات تلافي أمره ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتي على انسان بقتل وهو لا يجب عليه فيدخل النار بذلك وهذا فمين يتسور في الفتوى بغير علم فيخطئ فيما يفتي به وأما من كان من أهل العلم فاخطأ فأرجو أن لا يأثم بذلك وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا اجتهد الحاكم فاخطأ فله أجر وان أصاب فله أجران وروى عنه انه قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لاظل الا ظله امام عادل الحديث

الا أن العالم قد يأثم فى الخطأ اذا لم يجتهد و يحذر مواقعة النار باغفال الاجتهاد والتقصير فيه لكن ظاهر الحديث انما يقتضى الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المتطبب وهو المتسور المتعرض ولذلك كان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين استرجعهما وأعاد النظر فى أمرهما مبالغة فى الاجتهاد ثم يقول متطبب والله يصف نفسه بذلك على معنى الاشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد ما رضيه والله أعلم وأحكم ص ﴿قال سمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده فى شئ له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبدا بغير اذن سيده فيما لمثله اجارة فى المعتاد والأغلب من أحوال الناس فهو ضامن لما أصاب العبد من هلاك أو نقص فى بدن وهذا المشهور من مذهب مالك وقد روى ابن وهب ليس فى العبيد يستأجرون ضمان ما أصابهم وان قال ساداتهم لم نأمرهم بالاجارة الا أن يستعملوا فى أمر مخوف كالبئر الحمئة والهدم تحت جدار فيضمن ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعد أو فى حكم المتعدى ان لم يثبت اذن السيد فوجب أن يكون ضامنا كما لو تعدى على دابته فركبها بغير اذنه ووجه قول مالك ان العبد يتصرف و يعقد ولا يعرف حجر سيده عليه وهل هو مملوك فلا يضمن باستعماله فى الأمور المعتادة وانما يضمن فى الأمور الخطرة التى فيها الهلاك غالبا قال سحنون فى كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه وأبان ذلك بالاشهاد فظاهر قول أصحابنا المخالف لرواية ابن وهب يقتضى تضمين المستعمل لعدم الاذن و يحتمل أن تكون رواية ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه و يحتمل أن يكون سقط الضمان فى رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعنه بغير أجرة لان الذى يقتضى حمله على الاذن من سيده فى العمل انما هو فى عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحمل عليه الا ببينة فمن استعمله بعوض لم يوجد منه تعد يضمن به وانما يكون التعدى ممن استعمله بغير أجر والله أعلم (مسئلة) وان أذن له السيد فى عمل معين فاستؤجر فى غيره فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى العبد الخياط والنجار يستأجره رجل فى غير عمله يحمل له شيأ أو ينقل له لبنا أو غير ذلك فهلك العبد فلا ضمان عليه وقد يرسل اليه سيده ليبنى فيتعذر عليه البناء فيؤاجر نفسه فى غير ذلك فلا ضمان عليه الا أن يدخله فى عمل له خطر قال ابن القاسم أو يرسله فى سفر (مسئلة) ولو استعمله بغير أجر فيما أذن له فيه من البناء والأسفار فقد قال محمد يضمن ان هلك ولو استأجره لم يضمن ووجه ذلك انه استعمله على وجه التعدى لانه انما أذن له فى العمل باجر فمن استعمله بغير أجر فقد تعدى عليه كالغاصب (مسئلة) فان أذن له السيد فى العمل على الاطلاق فاستعمله المستأجر فان الاعمال على ثلاثة اضرب أحدها أن يستعمله فى مخوف أو سفر فانه يضمن ما أصابه قال مالك فى المدونة قال لانه لم يؤذن له فى الغرر وانما أذن له فى العمل المأمون يريد المعتاد ولو أذن له فيه بعينه لم يضمن والضرب الثانى أن يستعمله فى عمل معتاد له اجارة فهذا فى ضمان العبد فيه الخلاف المتقدم مع عدم الاذن والضرب الثالث أن يستعمله فى عمل معتاد لا أجر له كمناولته القدح والنعل فلا ضمان فيه قاله ربيعة وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب ولا أجرة فيه مع السلامة ولا ضمان فيه مع التلف (فرع) وما وجب فيه الضمان فان السيد مخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد تعدى على الرقبة واستوفى العمل وضمانهما متناف فكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وأما

* قال قال وسمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده فى شئ له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استئجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض أنفسهما اذا عقلا ومعنى قول ابن القاسم عندي اذا لم يكونا معرضين لذلك وأما اذا كانا معرضين لذلك ومأمورين به فقول مطرف وابن الماجشون حسن لأن الأكثر من الايتام كان يمنع من لا ولي له أو له ولي ويتصرف تصرفا لا يمكن وليه أن يباشر استئجاره فيه لتكرره (فرع) فان كان الوجه الذي يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع اجارتهما اليهما ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن شيء له بال وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم فهو بمنزلة عقدهما ويبرئه الدفع اليهما وله المسمى الا أن تكون فيه محاباة فيتم اجارته واذا كان على الوجه الذي لا يجوز فعمل فله الأكثر من المسمى واجارة مثله فان هلك قال ابن القاسم عليه الأكثر مما سمى أو قيمة عمله وعلى عاقلته ديته ولذلك لم يكن فيه تخيير لأن الدية على غير المستأجر ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول في العبد يكون بعضه حرا وبعضه مسترقا انه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيأ ولكنه يأكل فيه ويكتسي بالمعروف فاذا هلك فماله للذي بقي له فيه الرق ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان العبد قد يكون بعضه حرا وذلك يكون على وجوه منها أن يعتق المعسر حظه منه فلا يقوم عليه حظ شريكه لعسره ومنها أن يوصي بعتقه ولا يترك مالا غيره فيعتق ثلثه وغير ذلك من الوجوه فان هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه وما اكتسبه بعده ولا له أن يفوت شيأ منه بغير عوض الا برضا السيد الا في كسوته ونفقته من كتاب ابن المواز وابن سحنون عن أبيه

(فصل) وقوله ليس له أن يحدث فيه شيأ يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من يده ولا للعبد أن يفوته وله أن يتجر فيه وينميه في التجارة المأمونة في أيامه التي له رواه ابن نافع عن مالك في العتبية ووجه ذلك أن صرفه في تلك الايام له وله ان ينمي ماله لحقه فيه وليس للسيد ازالته من يده ويعمل في يومه ما شاء يطحن ويعمل قاله مالك (مسئلة) وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيأ وان احتاج اليه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذي فيه حق فليس لأحد أن يفوته عليه ولأنه لما لزمته نفقته من أجل الحرية أثرت في المال والمنع منه بمنزلة مال المكاتب وبمنزلة المال المشترك

(فصل) وقوله ولكنه يأكل منه ويكتسي بالمعروف ظاهر اللفظ يقتضي انه ينفق منه على جملته دون حصة الحرية وذلك ان المال مشترك ولذلك منع منه لحق سيده فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيأ وان احتاج اليه وان مرض العبد فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه فظاهر هذا انه ينفق على نفسه في سائر الأيام مما يكتسب فان احتاج الى أن ينفق منه لمرض فعلى السيد أن ينفق على حصته وينفق العبد من ماله على حصته الحرة لأن المال انما يكتسبه وينميه في زمن يعمل فيه بجزء الحرية والله أعلم ولعله أراد أن العبد المريض الذي ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال فلذلك لزم السيد أن ينفق على حصته منه (مسئلة) وهذا اذا كان مقيما معه فأما ان أراد السفر به الى حاجته فأجبر العبد على الخروج معه فقد قال ابن حبيب وابن المواز عن مالك على السيد كراؤه ونفقته زاد ابن حبيب واجارته في أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره ويمكنه العمل والكسب والا فالنفقة على السيد حتى يقدم به ووجه ذلك ان سفر السيد أبطل عليه عمله في أيامه فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره وكانت تلك الايام كلها في خدمة السيد فكان عليه حق مال العبد منها (مسئلة) وليس للعبد أن يسافر

قال وسمعت مالكا يقول في العبد يكون بعضه حرا وبعضه مسترقا انه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيأ ولكنه يأكل فيه ويكتسي بالمعروف فاذا هلك فماله للذي بقي له فيه الرق

الا باذن السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك انه ليس له الذهاب لحق السيد فيه وحكم الرق أغلب (مسئلة) ولو أراد السيد أن يسافر به ففي الموازية له ذلك في الأمر القريب وأما ما بعد فقال مالك فيها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا ان خاف أن يباع أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا اذا كان السيد مأمونا قال عنه أشهب وكان العبد غير مستعرب وروى ابن كنانة عن مالك في الواضحة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونا والعبد مستعربا وروى عنه ابن القاسم اذا كان العبد مستعربا فذلك له وان كان السيد غير مأمون كتب له القاضي كتابا فيما يعدو به أخذ ابن القاسم قال أشهب قد ينبغي انه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره قال عنه ابن حبيب وان كان العبد مستعربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فلا يسافر به الا برضاه وجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون عن ابن القاسم ان الحرية تبع للرق في هذا كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد انه المالك له والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة استعراب العبد انه اذا كان مستعربا لم يتم عليه ذلك الا بما يتم على سائر الاحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فاذا كان أعجميا وغدا جرى من ذلك عليه ما لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه (مسئلة) وهذا في سفر التجول فأما سفر التنقل من بلد الى بلد فان كان ينتقل الى حاضرة قضى على العبد بذلك وان كره وان أراد الانتقال الى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب فهو مثل السفر ولها عندي وجه على قول من لا يغلب الرق على الحرية وذلك أن السفر له غاية يرجع منها وبعد مدة للسفر على السيد وأما الانتقال فان كان بموضع له فيه مكسب وتصرف فلا مضرة عليه في ذلك وان كان بموضع لا مكسب للعبد فيه فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للسيد من خدمة العبد بقدر ماله فيه وللعبد بقدر ما فيه من الحرية واقتسام ذلك بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرفق وازالة الضرر يوما بيوم أو جمعة بجمعة أو شهرا بشهر جائز رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والشهران كثير قال مالك في العتبية والموازية وقد قيل له للمعتق ثلثه حظ في كل يوم أو جمعة فقال لا ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر شهر قال مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الدنىء أو الأمة للخدمة أو الغزل يكون يوما بيوم وأما العبد النبيل التاجر أو ذو الصنعة أو الأمة شأنها الرقم وشبهه من العمل المرتفع فلا تقسم الخدمة فيهما يوما بيوم لما فيه من الضرر ولكن شهرا بشهر وجمعة بجمعة وأما عبد الخراج فلا خير في قسمة خراجه مشاهرة ولا بأس أن يقتسماه يوما بيوم اذ لا خطر له وقاله مالك وقال ابن المواز لا يجوز في يوم بيوم ولا غيره وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج وذلك يختلف بطول المدة ويقرب في قصيرها ووجه المنع من ذلك انه يؤدي الى التفاضل في العين وسواء ما يؤدي من الخراج مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائه في الأيام لنشاط وكسل وضعف وقوة ومرض وصحة ونفاق وكساد والله أعلم (مسئلة) وان اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة قال ابن المواز يستهمان ووجه ذلك ان لكل واحد منهما حقا فان اتفقا على أمر يتراضيان به والا استهما لان الاستهام طريق الى تعيين حق أحد الشريكين عند تعذر ذلك كالقسمة (مسئلة) فان شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق لم يحتسب بذلك عليه وليأتنفا القسمة قاله أشهب عن مالك في العتبية (مسئلة) ومن بدأ منهما ثم مرض في أيام الآخر ففي العتبية والواضحة عن مالك وأصحابه لا يرجع أحدهما على الآخر قال أشهب

كالو استهماقال والاباق كالمرض فى ذلك

(فصل) وقوله فان هلك هاله للذى فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهرى وقال الشافعى فى أحد قوليه ماله بين المعتق لنصفه وبين المتمسك برقه ان لم يكن له ولد فان كان له ولد فميراثه للتمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على مانقوله انه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك ﴾ ش وهذا على ماقال ان من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال بميراث كان أو غيره أو كان يأخذ له عطاء فى كل عام ثم تمادى الأب فى الانفاق عليه فان له ذلك سواء كان مال الابن عينا أو عرضا قاله مالك هكذا على الاطلاق * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندى أن يقول الأب انما أنفقت عليه من مالى لارجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فان فضل للاب شئ عن مال الولد لم يرجع عليه بشئ ووجه ذلك انه قد ينفق عليه من ماله الذى يتصرف بين يديه لمشقة وصوله الى مال ابنه وهو مختزن عنده فيشق عليه تناوله فى كل وقت فيرى الانفاق من ماله ليرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرفق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه فى سائر السنين بقدر غلاء كل سنة ورخصها قاله فى العتبية من سماع ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندى أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشترى بها ما احتاج اليه من طعام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه رجع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسئلة) فان مات الولد عن أم أو جدة فان للاب أن يرجع بما أنفق عليه فى مال الولد وان أبته الورثة معه قال مالك فى الموازية وهل عليه يمين أم لا قال مالك ان كان مقلا فلا يمين عليه وان كان غنيا فاليمين عليه انه أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك انه لا يمين ثم رجع فقال يحلف ووجه نفى اليمين انها يمين تهمة وظن دون دعوى ولا تحقيق وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره وبالله التوفيق وهذا اذا لم يكن الأب أشهد بذلك وأما لو أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسئلة) فان مات الأب فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن قال مالك فى الموازية والعتبية ان كان مال الابن عينا وهو عند الأب يمكنه الانفاق منه فلم يفعل لم ترجع الورثة فيه بشئ وان كان كتبه الأب عليه الا أن يوصى بذلك لان من عادة الآباء أن يرفقوا الأبناء بالانفاق عليهم وان كان لهم مال وان كان مال الولد عرضا أو حيوانا فللورثة محاسبة الابن بذلك اذا كتبه وقال ابن القاسم فى العتبية هذا أحسن ما سمعت قال ابن المواز ووجدت لمالك يحاسبونه اذا كان المال عرضا ولم يقل كتبه أو لم يكتبه ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به فهذا لم يختلف قول مالك فى انه يرجع به وأما اذا أهمل ذلك ولم يكتبه فهذا الذى اختلف فيه قول مالك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو قال الأب فى مرضه لاتحاسبوه وماله عرض فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك جائز نافذ وليست بوصية لوارث لانه شئ فعله فى صحته وقال أشهب أرى أن يحاسب فى العين وان أوصى الأب أن لا يحاسب ولا يصدق فى قوله كنت أنفق عليه من مالى ومعنى ذلك انه غير معين والله أعلم ص ﴿ مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزنى أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الرواحل فيغلى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

* قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك

* وحدثنى مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزنى أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الرواحل فيغلى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الاسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

وانه قد ادان معرضا فأصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب ﴾ ش قوله أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج يريد انه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الرواحل السابقة فيزيد في ثمنها امالان قيمتها أعلى من قيمة غيرها أولانه كان يزيد على قيمتها لان من كانت عنده كان لايسمح بها الا بأكثر من قيمتها الضنانته بها لاسيما من يشتريها بالدين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدها حتى انه ربما أجحفها وأهلكها فتالف بذلك ماله وقام عليه غرماؤه وضاق ماله عن أداء ماعليه من الدين وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أيها الناس ألا وان الاسيفع اسيفع جهينة قيل ان ذلك الرجل كان اسمه الاسيفع وقال ابن مزين عن ابن وهب وابن نافع هو لقب لزمه وقال ابن مزين عن ابن وهب هو تصغير أسفع وهو الضارب الى السواد وقال انه وصفه بذلك للونه قال العتبي الأسفع الذى أصاب خده لون مخالف لسائر لونه من سواد وقوله رضى من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد والله أعلم انه رضى بذلك عوضا مما أتلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة الا قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله ادان معرضا يقال ادان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين يقال تداين وادان واستدان واذا أعطى بالدين قيل أدان وأما المعرض فقال أبو زيد هو الذى يعترض الناس فيشترى ممن أمكنه سمى المعرض ههنا بمعنى المعترض يعنى انه اعترض لكل من يقرضه قال ومن جعله بمعنى المتمكن على مافسره أبو زيد فهو بعيد لان معرضا منصوب على الحال فاذا فسرته بمن يمكنه فالمعترض هو الذى يعرض لانه هو المتمكن وقال أبو عبيد ويروى معرض بالرفع وقال ابن شميل فادان معرضا معناه يعرض اذا قيل له لاتستدن وروى أبو حاتم عن الأصمعى انه قال معناه انه أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتبي لايجوز ادان معرضا الا أن يكون أراد استدان معرضا عن الأداء وهو قول أبى حاتم وقال ابن وهب معنى ادان معرضا أى اغترق الدين ماله فاعرض بأموال الناس مستهلكا لها متهاونا رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قد رين به قال أبو عبيد الهروى معناه قد أحاط الدين بماله وقال شمر رين به ورين عليه وريم عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد رين بالرجل اذا أوقع فى أمر لايستطيع الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب فشهر به قال يحيي وقال غيره قد أحيط به وقال فى قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقول طبع على قلوبهم وأحاط بها سوء أعمالهم وقال العتابى الاعرابى رين به انقطع به وقال السلمى رين به تحير وقال سابق البربرى

وترك الهوى للمرء فاعلم سعادة * وطاعته رين على القلب رائن

وهذه المعانى متقاربة والله أعلم

(فصل) وقوله فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم يريد انه قد ضاق ماله عن ديونه فحجر عليه عمر التصرف فيه وجمعه ليوزعه على غرمائه بقدر حصصهم مما لهم عنده والله أعلم

(فصل) وقوله واياكم والدين على معنى النهى عنه والتحذير من سوء عاقبته فى الدين والدنيا وقوله فان أوله هم وآخره حرب بتحريك الراء الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريد ان أول أمر من عليه الدين الهم بأدائه مع ضيق يده عنه والمخافة لسوء عاقبته وآخر أمره أن يسلب ماله ومايضن

وانه قد ادان معرضا فاصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا فى جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حريسة احترسها أوثمر معلق جذه أوافسده أو سرقة سرقها لاقطع عليه فيها ان ذلك فى رقبة العبد لايعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثرفان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أوافسد أوعقل ماجرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه وليس عليه شئ غير ذلك فسيده فى ذلك بالخيار
﴿ مايجوز من النحل ﴾
* مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله فاعلن ذلك له وأشهد عليها فهى جائزة وان وليها أبوه * قال مالك الأمر عندنا ان من نحل ابنا صغيرا له ذهبا أو ورقا ثم هلك وهو يليه انه لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزلها بعينها أودفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشفق من بعده فيباع عليه ويقضى منه غرماؤه

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا فى جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حريسة احترسها أو ثمر معلق جذه أو أفسده أو سرقة سرقها لاقطع عليه فيها ان ذلك فى رقبة العبد لايعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ماجرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شئ غير ذلك فسيده فى ذلك بالخيار ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان ما أصاب العبد على هذه الوجوه التى ذكرناها زاد ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى المجموعة أو غصب امرأة فوطئها فلزمه مانقص فى الأمة وفى الحرة صداق مثلها فان ذلك كله فى رقبته لايعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم فى هذه الجنايات الا أن يشاء سيده أن يفتديه منها بارش الجناية قلت الجناية أو كثرت وهذا كله لانه تعدى فيما لم يؤتمن عليه ولم يسلم اليه وأما ما اؤتمن عليه أو أسلم اليه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد فيما اؤتمن عليه من وديعة أو بضاعة أو استؤجر على عمل أو عارية أو كراء أو ماصار بيده باذن أهله فيبيع ذلك أو يأكله ان كان طعاما فذلك فى ذمته الا فى وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشئ بقطع الثوب وعقر البعير وشبهه فذلك فى رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك فوجه قول ابن الماجشون انه أتلفه لمنفعة نفسه فلذلك تعلق بذمته وأما عقر البعير وقطع الثوب فانه قصد اتلافه لغير منفعة له فى ذلك فتعلق ذلك برقبته ووجه قول ابن القاسم انه قصد اتلاف ما اؤتمن عليه فتعلق بذمته دون رقبته كما لو أكله (مسئلة) ومن استأجر عبدا ليوصل له بعيرا الى منهل فنحره وقال خفت عليه الموت روى ابن القاسم عن مالك انه قال ومن يعلم مثل هذا أراه فى رقبته وقال مثل ذلك اذا آجره على أن يعلف البعير فيبيعه أو ينحره فيأكل لحمه وهو بمنزلة مالو آجره على رعاية غنم فذبحها أو حراسة حائط فيجده أو على أن يحمل له شيأ الى بيته فيسرق من البيت ثوبا ولم أره كالصانع يقول ذهب المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدى يسئلك ألف دينار سلفا فدفعها اليه ببينة فأتلفها قال ابن القاسم فى الموازية فى رقبته ان لم يكن للعبد مال قال أصبغ لافرق بين الخديعة والخيانة وذلك فى رقبته وروى سحنون عن أشهب فى العتبية هذه خلابة وذلك فى رقبته ان ادعى أنه أتلفه أو دفعه الى سيده قال ابن المواز فى قول ابن القاسم ليس هذا بشئ وقوله الآخر انها فى ذمته وجه القول الاول ان يده فى قبضها يد سيده ولم تسلم الى العبد ليكون هو المؤتمن عليها ووجه القول الثانى انها سلمت اليه باختيار مالكها فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كما لو أودعها

﴿ مايجوز من النحل ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله فأعلن ذلك له وأشهد عليها فهى جائزة وان وليها أبوه * قال مالك الأمر عندنا أن من نحل ابنا صغيرا له ذهبا أو ورقا ثم هلك وهو يليه أنه لاشئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عزلها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن ﴾ ش قوله من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب

لانه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب على ضربين عين وغير عين فأما غير العين فما كان يحاز ولا ينتفع الأب به حال الحيازة وبعدها كالجنة يستغلها أو الربع يكريه أو السلعة يمسكها له أو يبيعها فانه يصح حيازة الأب اياها لابنه وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها أو الثوب يلبسه فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك لان انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينافي حيازة الابن (مسئلة) وهذا فيمن وهب معينا فأما اذا وهب جزأ مشاعا فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك الا في العين وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول ان ما صحت هبته صحت حيازته كالعين ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لان الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائره بيد المرتهن فكذلك في الهبة (مسئلة) وأما العين فاختلف في صحة احتياز الأب اياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الأب في الاحتياز وأما الأم فاختلف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته الا أن تكون وصية وقال ابن وهب تحوز الأم والأجداد والجدة اذا كان صغيرا في حجرهم وان لم يكونوا أوصياء وجه القول الاول ان من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المباراة عنه والتصرف في ماله فانه لا يجوز أن يحوز ما وهب له كالأخ ووجه القول الثاني ان كل من له ولادة عليه وحضانة فانه يحوز ما وهب له كالأب

(فصل) وقول عثمان رضي الله عنه من نحل ابنا له صغيرا وحازه له وأشهد به انه حائز للابن ولم يذكر في جميع ما ينحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين فختم عليه الاب وأشهد فيجوز ذلك على رواية عن مالك ويحتمل أن يريد به العرض خاصة فيجوز على القولين ويحتمل من جهة اللفظ أن يريد العرض والعين مختوما أو غير مختوم فلا يجوز في غير المختوم في قول مالك

(فصل) وقول مالك ان من نحل ابنه الصغير ذهبا أو ورقا أنه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون عزلها بعينها أو دفعها الى رجل فيجوز فاما وضعها عند غيره فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك وأما عزلها فهو أن يجعلها في شئ ويختم عليها ويشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما يغني عن اعادته ههنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ ماتقع فيه الشفعة ﴾

أصل الشفعة ان الرجل كان اذا باع في الجاهلية منزلا أو حائطا أتاه الجار أو الشريك فيشفع اليه فيما باع فشفعه وجعله أولى ممن بعد سببه فسميت شفعة وطالبها شفيعا ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه * قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا * قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء * مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك ﴾ ش قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم يقتضي تعلق الشفعة به قبل القسمة والظاهر انه من جنس ما يقسم وأما ما لا يصح فيه القسمة فانه لا يقال فيه ما لم يقسم كما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الشفعة)

﴿ ماتقع فيه الشفعة ﴾

* حدثنا يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وعن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه * قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا * قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء * وحدثني مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك

لا يقال في الانسان يثبت فيه حكم كذا مالم يقسم لان ذلك يقتضي ان له حالة يقسم فيها * وماينقسم على ضربين ضرب يقسم بالحدود كالارضين ومافيها من المباني والأشجار وضرب ينقسم بغير حدود كالمكيل والموزون والمعدود وبعض المذروع فقوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بمايضرب فيه الحدود دون غيره ممالا تضرب فيه الحدود وينظر فيماينقل ويحول ممالاينقسم بضرب الحدود فان وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألحقناه بمافيه الشفعة وان وجدناه مختصا بمالا تضرب فيه الحدود قصرنا الشفعة عليه ووجدنامالا تثبت الشفعة في جنسه يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة فثبت أن لكون المبيع مماتصح فيه القسمة بالحدود تأثيرا في اثبات الشفعة لانه قد وصف بذلك مالاتثبت فيه الشفعة والظاهر أن الحكم اذا علق على صفة فان تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم وثبت بقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ان للقسمة تأثيرا في ابطالها وثبت أن الشفعة انماثبتت لازالة ضرر ولاتصح أن تكون لازالة ضرر القسمة على الاطلاق فان ضرر الشركة أثبت فيمالا يقسم كالعبد الواحد والثوب الواحد ولا شفعة فيه ولايجوز أن يكون ضرر القسمة على الاطلاق لان في القسمة مالا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود فلم يبق مايمكن أن يشار اليه الا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة وهو مايلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والارضين فانه يقسمها غالبا قوم يختصون بعلم ذلك ويتمولون لهم فيهامؤنة وأجرة غالبا وسائر الاشياء قسمتها لاتختص بقسام معين ولايتمولون فيها مؤنة ولاأجرة فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على مايقسم بالحدود وهي الاصول الثابتة * قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الارضين ومايتصل بها من ثمرة أو بناء فأما الارض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا أنه على ضربين أحدهما أن يكون مقصود المنفعة والثاني أن يكون مر فقا للمال الذي تصح قسمته دون تعيين فأما الضرب الاول فانه على قسمين أحدهما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منها مايقع عليه اسم حقل ودار والثاني لاينقسم الا بأن يتغير اسمه وصفته كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماما فأما القسم الاول فعلى نوعين أحدهما لامضرة في قسمته والثاني تلحق المضرة في قسمته فأما مالاتلحق المضرة في قسمته فلاخلاف في المذهب في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث أن يكون مقصود المنفعة لنفسها كالحقل الذي منفعته بالمزارعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي منفعتها بالثمرة مقصودة والثانية أن ينقسم دون تغيير والثالثة أن ينقسم دون مضرة (مسئلة) فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي انماتتخذ للانتفاع بمره أو ساحة الدار التي انما تتخذ ليرتفق بها في سكنى البيوت فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما مالاينقسم مع بقاء منفعته كالحمام فقد اختلف قول مالك فيه فقال ابن المواز لم يختلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام وقال ابن الماجشون في غير الموازية وأبى مالك الشفعة في الحمام من قبل انه لاينقسم الا بتحويله عن أن يكون حماما وبه قال ابن القاسم فثبت أن هذا القسم مختلف فيه وجه القول الأول ان هذا ملك من الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كاملي الملك فثبت فيه الشفعة أصل ذلك مالا يتغير بالقسمة ووجه القول الثاني ما احتج به له فوق هذا ومعناه ان مالا يثبت فيه حكم القسمة فانه لايثبت فيه حكم الشفعة كالعبد والدابة وأما مالاينقسم الا بضرر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما

الرحا في الموازية والعتبية قال ابن القاسم لا شفعة في رحا الماء ورحا الدواب وان بيع مع البيت فالشفعة في البيت دون الرحا وهذا الحكم انما يتعلق بالأحجار والآلات لانها ليست بقاعة ولا بناء وانما هي آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء وقد اختلف أصحابنا فيما بنى منها في الدور وهل يتبع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك تخرج مذاهبهم في ثبوت الشفعة فيها وأما رحا الماء والدواب فليست بمبنية في الأرض وانما هي موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية ان نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة وان نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصة من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب في غير هذا الموضع انما الرحا التي لا شفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض وأما ما ردم لها موضع في الماء فان اتصل بالأرض فله حكم الأرض فان لم يتصل بها فلا شفعة فأثبت فيها أشهب الشفعة اذا كان موضعها تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للموضع ومنع الشفعة كالبئر والعين فعلى هذا انما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا دون موضعها فأما مواضعها فجرى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسئلة) وأما الاندر فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب ان نفقة الاندر ان كانت بينهم سما ففيها الشفعة كسائر البقاع وكعرصة الدار المهدومة وقاله أشهب وقال سحنون في العتبية لا شفعة فيه كالأفنية فذهب سحنون الى أنه ليست منفعته مقصودة في نفسها وانما هو ما يرتفق به للزرع الذي منفعته من غير الاندر كالأفنية وانما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى وذهب ابن وهب الى أن منفعته مختصة به ومفردة كالمساكن

(فصل) وأما الثمرة فعن مالك فيها روايتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك أنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض يريد والله أعلم اذا قسمت في النخل قبل الجد لاختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك في المجموعة وذلك ما لم يزايل الأصل وروى ابن الموازعن ابن الماجشون لا شفعة في الثمار وحكاه القاضي أبو محمد عن مالك وجه القول الاول انها تبع للارض بمجرد العقد فثبت فيها الشفعة كالشجر ووجه القول الثاني انها مما ينقل ويحول فاذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالثياب (فرع) واذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة الشفعة فيها ما لم تزايل الأصل وقال ابن القاسم في المدونة الشفعة فيها ما لم تيبس وتجد وجه قول مالك انها ما دامت في النخل متصلة بالاصل فان حكمها حكمه في الشفعة كالرطب والجزيد ووجه قول ابن القاسم انها اذا يبست لم تتم بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمجدودة وهذا اذا أفردت بالبيع الثمرة فان بيعت مع الاصل فقد حكى القاضي أبو محمد ان الشفيع يأخذه مع الثمرة قائمة كانت أو مجدودة وللمشتري ما سقى وأنفق وهذه المسئلة وان كان أبو محمد أوردها مجملة فقد اختلف أصحابنا فيها أشار اليه منها وذلك أن النخل اذا بيعت فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها فان لم يكن فيها ثمر وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة فان للشفيع الثمرة مع الأصل ولا خلاف في ذلك وان جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن الموازعن أشهب ان شراها مأبورة أو غير مأبورة ثم ابرها المبتاع فان الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لان الشفعة بيع وما أبر الثمرة للبائع وقال ابن القاسم في المدونة انه قول بعض المدنيين وجه قول ابن القاسم ان الثمرة لم تفارق الأصل حكما باليبس ولا فعلا بالجد فكانت تبعا للاصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق وأيضا فان الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال

النماء فثبت فيها حكم الشفعة تبعا وأصلا ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تبع للاصل في الشفعة فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية يأخذ الأصل والثمرة بالثمن وعليه غرم ما أنفق المشترى وسقى وعالج وقال أشهب فيها يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ولو قال قائل له قيمة ما أنفق لم أر به بأسا وقال عبد الملك في الكتابين وقال سحنون ليس على الشفيع شئ الا الثمن لان المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع الا بماله عين قائمة وجه قول ابن القاسم انه لما كان للشفيع الغلة كان له ما يختص بها من النفقة ووجه قول أشهب ان الثمرة لما لم يتناولها الثمن ولزم امضاؤها للشفيع كان عوضها قيمتها لان النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة وقد تقل فكانت القيمة أعدل ووجه قول عبد الملك ما احتج به و بماذا يأخذ الشفيع قال ابن القاسم اذا فاتت بالجد أو اليبس فان الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن ولا يوضع عنه شئ للثمرة ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة (مسئلة) ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء فقد قال ابن القاسم ان الثمرة للشفيع مالم تيبس فان يبست أو جدت فلا شفعة فيها و يقسم الثمن على الأصل والثمرة فما كان للاصل فهو يأخذ به الشفيع الأصل وما كان للثمرة فهو على المشترى بالثمرة

(فصل) وان اشتراها مزهية فقد قال أشهب للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهذا القول مبنى على ان الثمرة لا منفعة فيها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فيها الشفعة لان الثمرة لو انفردت لثبتت فيها الشفعة فكذلك اذا انضافت في البيع الى مالا يثبت فيه الشفعة ويجئ قول أشهب على رواية نفى الشفعة في الثمرة والله أعلم وأحكم (فرع) وحتى متى يتبع الأصل قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك الثمرة للشفيع مالم تيبس أو تجد فان جدت وهى صغيرة أو كبيرة حط عن الشفيع حصتها من الثمن وقال مرة يأخذها بالشفعة فان جدت أو يبست فله مثلها ان عرف كيلها وان لم يعرف كيلها وكان جذها صغيرة لم تطب فلا يأخذ فيها ثمنا والثمر عليها وعلى الأصول اذا كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة واشترطها المبتاع ورواه أيضا عن مالك و به قال أشهب واختاره ابن المواز وقد تقدم توجيه ذلك (فرع) فان قلنا انها قد فاتت بالجد أو اليبس وهى للمشترى فان ابن القاسم روى عن مالك انه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن وقد قال ابن الماجشون في الثمرة المأبورة اذا لم يقم الشفيع حتى زايلت الأرض فلا تحسب وكذلك يقول انها تباع من النخل بالطعام الى أجل اذ لا حصة لها من الثمن وقال ابن عبدوس بل لها حصة من الثمن ولكنها تبع وقد اختلف فيها قول سحنون (مسئلة) وهذا اذا كان الأصل بينهما فان لم يكن الأصل لهما فقد قال أشهب في الموازية الشفعة في الثمرة وان لم يكن الأصل لهما وقاله مالك في المدونة في قوم بينهم ثمرة كان الأصل لهم أو مساقاة في أيديهم أو حبسا عليهم و به قال ابن القاسم وفي الموازية أيضا اذا قسمت الأرض دون الثمرة قال محمد الشفعة فيها اذا كان الأصل بينهما وقال القاضى أبو محمد ان الروايتين في ثبوتها ونفيها في الثمرة اذا كان الأصل في أيديهم بملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء وجه القول الاول ان الثمرة انما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للاصل فاذا زايلت الأصل فلا شفعة فيها فاذا زايلته في الملك أو كانت مقسومة فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للارض اذا قسمت الأرض أو زايلته في الملك فلا شفعة فيه ووجه القول الثانى ان الشفعة تجب في الثمرة وهى مما يقسم بالحدود مادامت في الأصل فوجب أن يكون الاعتبار بها دون الاعتبار بأصلها كالارضين والاشجار و بذلك خالفت العين فانها لا تنقسم (مسئلة) فاذا قلنا

بثبوت الشفعة فى ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك فى الموازية الشفعة فى العنب قال ابن القاسم والمقاثى عندى فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة فى البقول ووجه ذلك ان ما كان له أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة كالشجر ومالم يكن على ذلك وانما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقائه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت أصل ذلك ما ينقل ويحول وقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها لا شفعة فى الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى ييبس

(فصل) ومن اشترى أرضا فزرعها فان جاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فيها أخذها فزرعها وقد قال ابن القاسم فى المدونة لا شئ للشفيع من الزرع ولا كراء له فى الارض وان كان فى ابان الزراعة ولم يفرق بين ان يكون الزرع نبت أولا أخذ الارض دون الزرع فان أخذ الارض بزرعها لأنه لم ينبت فله أخذها بالثمن وبقية الزرع على الرجاء والخوف ولو قال قائل يأخذها بالثمن بما أنفق لم أعبه بل هو أقيس واستحسن الاول قال محمد بل يأخذها بالثمن وبقية ما أنفق من البذر والعلاج والله أعلم وأحكم وقال ابن القاسم يأخذ الارض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلا لم يؤبر فأخذه الشفيع بعد الابار (مسئلة) ومن اشترى أرضا فزرعها فجاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعة فى الزرع جملة وعلى مذهب أشهب الشفعة فى الارض والزرع فاذا قلنا بقول ابن القاسم فيحتمل وجهين أحدهما أنه يأخذ بالشفعة الارض وان لم ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق والوجه الثانى ليس له أن يأخذ الارض بالشفعة حتى ينبت الزرع وذلك اذا أجرى الاخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع (مسئلة) فاذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة فى الزرع عند ابن القاسم وقال أشهب فى الموازية للشفيع اذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الارض والزرع بل ليس له الا ذلك وقال أيضا فى موضع آخر له الشفعة فى الارض دون الزرع وقال ابن عبدوس أنكر سحنون قول أشهب فى الزرع وقال بقول ابن القاسم لا شفعة فى الزرع ووجه القول الاول انها ثمرة متغذية بالاصل كالثمرة التى لم تيبس ووجه القول الثانى انها ليس لها أصل ثابت ولا هو من آلات الاصل فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب (مسئلة) وأما ما يكون للحائط من البئر أو العين فان الشفعة ثابتة فيه لأن له أصلا ثابتا ومنفعة مقصودة على الارض فكان لها حكمها فى الشفعة اذا كان بيعا (مسئلة) وأما ما يباع من الارض من آلة الحائط فذكر ابن عبدوس عن سحنون ان فيه الشفعة لأن فيه صلاح الحائط وعمارته كالبئر والعين (مسئلة) ولو بنى جماعة فى أرض عارية فباع أحدهم حصته من النقض قال ابن المواز عن ابن القاسم رب الدار مبدأ فان شاء أخذ بالاقل من قيمة ذلك منقوضا أو الثمن فان أبى فلشريكه أخذ ذلك بالثمن قال أشهب لا شفعة فى ذلك لاشراكه اذ لا ملك لهم فى العرصة وهو بيع فاسد باع جميعهم أو أحدهم لأن رب الارض له أن يأخذ ذلك ويؤدى قيمته أو يأمره بقلعه فلا يدرى المبتاع ما اشترى ورواه عن مالك وقال محمد هو الصواب وقد قال سحنون فى الحبس يبنى فيه جماعة فمات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء أستحسن ان يكون لاخوته الشفعة (مسئلة) وأما الشفعة فى الكراء قال ابن حبيب اختلف قول مالك فى الشفعة فى الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله لا شفعة فيه وهو الذى رواه ابن القاسم فى الموازية والمدونة قال ابن وهب والمغيرة قال ابن حبيب وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبغ بقوله فيه الشفعة ورواه ابن المواز عن أشهب قال ابن حبيب وذلك فى كراء الدور والمزارع سواء ووجه القول الاول ان المنافع لا تصح فيها القسمة بالحدود فلم تثبت

فيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني ان المنافع لا تنفصل ولا تتم الا بالاصل الذي يقسم بالحدود فتثبت فيها الشفعة كالثمرة النابتة وبمثل هذا احتج ابن المواز لأنه يختار الشفعة فيها

(فصل) وقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في انه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك والشافعي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين باثبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب اليه أهل المدينة قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى ان هذا متميز الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روي ابن المسيب ان الشفعة لا تكون الا بين الشركاء ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتهما خمسون دينارا * قال مالك يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك الا أن يأتي الشفيع ببينة أن قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري ﴾ ش وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود فانما عليه مثله وليس هذا من بيع ما ليس عنده لانه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين لان المشتري مغلوب على التسليم وانما يراعي بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين على ان فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المرابحة وقد تقدم ذكره

(مسئلة) وان كان العرض الذي اشترى به المشتري مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن للشفيع أن يأخذه بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذه الا بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمد وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع اذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينتقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها الا انها مما لا مثل لها وانما يجب فيها القيمة كالمعين منها (مسئلة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالحنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه وحكى ابن عبدوس عن سحنون أن الدين يقوم بعرض ثم يقوم العرض بعين ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك ان الشفيع لا يأخذه الا بمثل ذلك الدين أو يترك ولو كان البائع غريما دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذه بمثل الدين الا أن يهضم له هضيمة بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ولذلك لا تجب فيه زكاة الا بمثل ما تجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وانما دفع فيه العرض لان تقويم العرض يؤدي الى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي وانما قوم العرض مرة أخرى بالعين على

* قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتهما خمسون دينارا قال مالك يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك الا أن يأتي الشفيع ببينة ان قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري

قول سحنون ان التقويم انما شرع فى العين لانه لاتختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على انه أصل الأثمان وقيم المتلفات وانما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاضل فى الجنس الواحد من العين وانما لايجوز مثل هذا فى المبيع لمنع الذرائع وذلك حكم يختص بالبيع دون مايجب عليه من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشترى اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشترى والبيع يكون بمثل القيمة أو أقل أو أكثر وليس للشفيع أن يأخذ الا بمثل الثمن وان زاد المشترى على القيمة أو نقص وانما راعى أصبغ الهضم الكثير لانه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع وان الطرح الكثير لاتأثير له واليسير له تأثير فى الثمن فكذلك فى مسئلتنا (فرع) فاذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذه به حالا وان كان بقى من الأجل شئ فالى مثل مابقى من الأجل وقال أصبغ انما يستشفع بمثل الدين حالا وجه قول مالك ان حكم الشفعة مساواة الشفيع المشترى فيما يدفعه عوضا عن المبيع وليس من المساواة أن يعجل له ثمنا هو مؤجل عليه ووجه قول أصبغ ان الدين الذى كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشترى دين مؤجل فيأخذ به شفعته ولايكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشترى مثل الدين الذى كان للمشترى على البائع والى مثل أجله ولايجوز أن يزيد فى الأجل ولا ينقص منه لان ذلك يدخله بيع وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الأجل فى الشفعة والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى ابلا الى مكة بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا ففى المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الابل وبقيمة الاجارة وقال أشهب بمثل كراء الابل الى مكة من مثل صاحبها ان كان مضمونا فعلى الضمان وان كانت معينة فعلى التعيين وقاله ابن الماجشون فى الاجارة بمثل أجرة من استؤجر (فرع) فاذا تعذرت الدواب المعينة فى بعض الطريق أو مات الأجير أو انهدم المسكن فى نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المبتاع ولا ينتقض على الشفيع بشئ قاله ابن المواز وقال أشهب فى المجموعة يرجع عليه المتكارى بنصف ما كان يأخذه منه من قيمة كراء ابله الا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء ابله ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص ونحوه لعبد الملك

(فصل) وقوله فيقول المشترى قيمة الوليدة مائة ويقول الشفيع قيمتها خمسون يريد ان مشترى الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا فى قيمة الوليدة التى هى ثمن الشقص فيقول المشترى قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة ويقول الشفيع خمسون ليأخذ الشقص بخمسين وقد قال مالك ان القول قول المشترى يحلف على المائة ووجه ذلك أن الشقص فى يده والقول قول صاحب اليد فاذا حلف فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو يتركه وفى كتاب ابن المواز والمجموعة فى اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن اذا أتى المشترى بما لايشبه الثمن أو جهلوا الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المبتاع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول المبتاع وان جاء بسرف وقد روى أشهب فى الموازية عن مالك ان أتى المشترى بما يشبه فهو مصدق بغير يمين وفيما لايشبه باليمين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشترى فيما يشبه ولا يصدق فيما لايشبه الا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتغابن به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه فى أن الشفيع لايأخذه الا بما قال المشترى اذا أتى المشترى بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لايشبه على ما تقدم قال محمد وهذا

كله اذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من يمين المبتاع فان نكل حلف الشفيع وأدى ما قال وقاله مالك فى موطئه يشير والله أعلم الى قوله فى هذه المسئلة المذكورة فوق هذا من الأصل و يحلف المبتاع (فرع) ولو صدق البائع أحدهما ففى العتبية من سماع أشهب لا ينظر الى قوله ولا يقبل شهادته ولا يأخذ أحدهما الا بما قال المشترى وذلك أنه شاهد لعقد عقده فهو يشهد على فعل نفسه ولا يصح ذلك وانما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره وفى كتاب ابن مزين لا تجوز شهادته لانه دافع عن نفسه ومعنى ذلك انه يخشى أن يستحق الارض فيأخذ منه الشفيع الثمن الذى أعطاه و يرجع هو على الشفيع بما أخذ منه (مسئلة) ولو اختلف البائع والمشترى فى الثمن ففى المجموعة لأشهب يتحالفان و يتفاسخان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم ان حلفا أو نكلا فسخ البيع و بطلت الشفعة فلم يكن للشفيع أن يأخذ بما ادعاه البائع ووجه ذلك ان الشفعة مرتقبة على نفوذ البيع فاذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة

(فصل) وقوله يحلف المبتاع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمته يوم اشترى به لان زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به لانه انما زاد أو نقص عن ملك من صار اليه واليمين فى ذلك تكون على وجهين أحدهما مع عين السلعة والثانى مع وجودها فأما مع عدم عين السلعة فانهما ان اتفقا على صفتها دعا لها المقومون وان اختلفا فى صفتها فالقول قول المبتاع فى صفتها على رواية الموطأ يحلف على ذلك ثم يقوم المقومون تلك الصفة وأما مع وجود السلعة فانه يكون على وجهين أحدهما أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هى عليه الآن والثانى أن يتفقا على ذلك و يختلفا فى صفتها يوم التبايع فاما أن يدعى أحدهما تغييرا بالزيادة والآخر تغييرا بالنقصان أو يدعى المشترى من التغيير أقل مما يقر له به الشفيع ص ﴿ قال مالك من وهب شقصا فى دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بها نقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا و يدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنانير أو دراهم قال مالك ومن وهب هبة فى دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب ﴾ ش الهبة تكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهى كالصدقة والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها وقال ابن عبد الحكم فى المختصر اختلف قول مالك فى الشفعة فى شقص يوهب لغير الثواب فقال القاضى أبو محمد فى الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان احداهما وجوب الشفعة والثانية اسقاطها وجه القول بنفيها انه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث ووجه القول الثانى أنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فاذا قلنا تبقى الشفعة فيه فانعقدت الهبة على غير الثواب فأثيب فيها ففى المدونة لا شفعة فيه وفى الموازية ولا فى عوضه ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى (مسئلة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولا واحدا سواء كان الثواب نقدا أو عرضا على ما ذكر فى الأصل وهذا يقتضى الأخذ بالشفعة بعد الاثابة وفى الموازية لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به و يعرف وهذا قبل فوات الهبة قولا واحدا وأما بعد فواتها ففى العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق وفى الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبد الحكم هو فوات أيضا فى الرباع فى الهبة للثواب والبيع الفاسد فقد قال أشهب اذا فاتت بذلك فقد وجبت القيمة ولزمت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا تجب

قال مالك من وهب شقصا فى دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بها نقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا و يدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنانير أو دراهم * قال مالك من وهب هبة فى دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يثب منها فان اثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب

الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضي به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ لعله يقول لم أرد ثوابا فان رأى الناس انه أراد به الثواب قال ابن المواز وان ترك الثواب لموضع الشفعة فلا شفعة الا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك ان الثواب مجهول وانما ينفذ بانفاذه أو بالقضاء به ووجه قول أشهب عندي أن يقضي له بالشفعة بالقيمة التي قد لزمته وذلك جائز في الشفعة لان الشفيع شهد انه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوما وانما ذلك من شرط لزومه له وهذا الظاهر من قول مالك وفي الموطأ ليس له أن يأخذ بالشفعة مالم يثب منها ومعنى ذلك اذا لم يثب والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أثاب من الهبة بأكثر من قيمتها ففي الموازية لأشهب ان كان قبل فواتها فان الشفيع يأخذ بجميع العوض وان كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ الا بقيمة العوض ما بلغ وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة لانه لم يلزمه بعد شئ أقل من ذلك ولا أكثر وبعد الفوات قد لزمته القيمة مبتدأة فما زاد بعد فهو هبة مبتدأة فلم يلزم الشفيع وجه القول الثاني أن الثواب متناول لجميع الهبة ومقابل لها ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده لانه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غيرها وكذلك بعد الفوات وما زاد على ذلك في الوجهين فهو زيادة في الثواب لا هبة متميزة فلا فرق بين الموضعين وهذا معنى قول مالك فان أثيب منها فهو للشفيع بقيمة الثواب ومسئلة الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين (مسئلة) فان أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه ان كان ممن لا يتهم وان كان ممن يتهم احلف وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة ان رأى أنه وهب للثواب لانه محتاج وهب عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه ان كان صغيرا وان كان غنيا عن الثواب وانما وهب لصداقة وقرابة فلا يمين في ذلك وان لم يكن حاجة ولا قرابة ولا اخاء فاليمين في ذلك

(فصل) اذا ثبت ذلك فان انتقال المملوك يكون بغير عوض وقد تقدم ذكره ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع ويلحق به الهبة للثواب وقد تقدم ذكرها ومن ذلك الاجارة مثل أن يشترى شقصا من أرض بسكنى داره أو ركوب ابله فالشفعة في ذلك كله ويأخذه الشفيع بقيمة الاجارة لان السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك وكذلك قيمة الشقص يؤخذ في دم الخطأ فانه يأخذه الشفيع بالدية لانه عوض عن مال فلا يخلو أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره أو يكون من أهل الابل ففي المدونة عن ابن القاسم ان الشفيع يأخذ بقيمة الابل فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصا بعروض مؤجلة غير معينة أخذ الشفيع بالقيمة فلا فرق بينهما وعلى قول ابن المواز انما يأخذ بمثلها والفرق بينهما ان ابل الدية غير موصوفة فلذلك عدل الى القيمة والله أعلم (مسئلة) ومن ادعى على رجل في شقص فصالحه على الانكار فلا شفعة فيه ولو صالحه بشقص آخر فلا شفعة في الثاني بقيمة ما ادعاه قاله ابن المواز وان صالحه على الاقرار فالشفعة فيه لانها معاوضة (مسئلة) وأما ما كان عوضا لغير مال كدم العمد فللشفيع الاخذ بالشفعة بقيمة الشقص لانه ليس له عوض من المال وانما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه وهذا ان صالحه بالشقص عن دم العمد وأما لو صالحه عن الدم بمال ثم أخذ به الشقص ففي الموازية يأخذ الشفيع الشقص بما كانا اتفقا عليه من دية معجلة أو مؤجلة (مسئلة) وأما الشقص ينكح به أو يخالع ففيه الشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على ما نقوله انه شقص ملك بنوع

معاوضة فثبتت فيه الشفعة كالو ملك بالبيع ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على مانقوله أن البضع ليس بمال فيتقدر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كاخذه من دم عمد ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة * قال مالك ان كان مليأ فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل وان كان مخوفا أن لايؤدي الثمن الى ذلك الأجل فاذا جاءهم بحميل ملىء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الارض المشتركة فذلك له ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترى شقصا بثمن مؤجل فان الشفيع انما يأخذه بمثل ذلك الدين الى ذلك الأجل لان من حكم الشفعة انفاذها بالثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الاخذ بثمنه حالا أو الانتظار الى أن يحل الأجل فيأخذه بالنقد ووجهه ماقدمناه

(فصل) وقوله وان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا اذا تساويا في الملاء والثقة وان كان المشترى أتم غنى من الشفيع وثقة فقال أشهب في المجموعة والموازية لم يكن في مثل ملاء المشترى فليأت بحميل في مثل ثقة المشترى وملائه قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حميل اذا كان مليا ثقة وان كان المبتاع أملأ منه وجه القول الأول مايلزم من التساوي في الثمنين فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما لاسيما مع التأجيل ويؤيد هذا التأويل قوله يأتي بحميل ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبد الملك عن مالك ووجه القول الثاني ان التساوي انما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل اذ الذمم لا تكاد تتساوى ولا تأثير لها في الاخذ بالشفعة ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاء وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الأجل ولا اثباتا للشفعة حيث لاتثبت لمن كان دونه فاذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشترى فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم.

(فصل) وقوله وان كان مخوفا أن لايؤدي الثمن الى ذلك الاجل فجاء بحميل ثقة مثل المشترى فذلك له فيه مسئلتان احداهما انه يريد انه ان كان عديما لم يسلم اليه الشفعة لان في ذلك تغريرا بالشقص لئلا يتلفه قبل الاداء فلا يوجد مايؤخذ منه ثمنه فلا يسلم اليه حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن وفي بذلك الثمن الى ذلك الاجل لان في ذلك أمانا مما يخاف منه مع العدم والمسئلة الاخرى تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان المبتاع مليا فان كان عديما واتفقا في العدم فللشفيع الاخذ بالشفعة دون حميل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أو عديما أو لم يكن وجه القول الأول ماذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني ان عهدة المشترى بالدين على الشفيع وقد يثق البائع بالمشترى بما لا يثق به المشترى بالشفيع كما لو أراد ان يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشترى للشفيع (مسئلة) ولو لم يقم الشفيع حتى حل الدين وأدى الثمن فله الاجل مستأنفا مثل ما كان للمشترى قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة ورواه ابن حبيب عنه وعن مطرف ومالك وزاد فان لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفعته فلا شفعة له وان وجد حميلا بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل الا بالنقد ووجه القول الاول ماقدمناه من التماثل في العوضين وللاجل في ذلك تأثير فقد يشترى الاصل بالتأجيل بمثلي مايشترى بالنقد ووجه قول أصبغ أن الاجل قد كان لهما جميعا للمشترى وللشفيع فاذا انقضى في حقهما انقضى والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك لا تقطع شفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك ان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل وان كان مخوفا أن لايؤدي الثمن الى ذلك الأجل فاذا جاءهم بحميل ملىء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له

قال مالك لا تقطع شفعة

الغائب غيبته وان طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك ان الاخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهما على الفور * قال مالك في الموازية والمجموعة لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طالت وان لم يشهد في غيبته انه على شفعته ووجه ذلك أن المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالاغماء والجنون (مسئلة) وهذا اذا كانت غيبته بعيدة فان كانت قريبة قال أشهب في الكتابين ان كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا اذا طال زمانه وعلم بوجوب الشفعة ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر (مسئلة) وأما الحاضر فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احداهما انه لا حد لذلك والثاني ان له حدا وجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عمومه في الاوقات والاحوال ومن جهة المعنى ان هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على ازالته عن نفسه بتوقيفه فاذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع بمضي المدة ووجه الرواية الثانية ان في ترك الشفيع على شفعته اضرارا بالمشتري ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والانفاق له فكان له حد ينتهي اليه يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة ولا يقطع حق المشتري تركه ايقاف الشفيع كما لا يقطع الشفيع تركه الاشهاد بالاخذ بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة الا أن يوقف وقال لا أرى الخمس سنين طولا وروى عن أصبغ هو على شفعته السنتين ونحو ذلك فاذا قلنا بالسنة وهو الاكثر من قول أصحابنا العراقيين فان وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الاعذار في الغيبة وغيرها فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قارب من السنة حكمها فقد قال أشهب اذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن مالك السنة قريب وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن ميسر ما قارب السنة دخل في حكمها ووجه القول الاول ان ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون ووجه القول الثاني ان المدة المحدودة بالسنين اذا لم تفض الى فرقة كان حكم ما قارب السنة حكم السنة أصل ذلك مدة الرضاع (مسئلة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفعته على حد ما نذكره بعد هذا أو يكون له عذر فلا تنقطع شفعته بمضي هذه المدة وقال في المجموعة ليس المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون وكذلك المريض والصغير والبكر كالغائب سواء كان المريض عالما بشفعته أو جاهلا بها وقال أصبغ المريض كالصحيح في ذلك لانه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على شفعته وهذا يقتضي أن الغائب انما يبقى حكم شفعته اذا لم يعلم بذلك وأما اذا علم فانه أيضا يقدر على اشهاده بأخذ الشفعة فان لم يفعل فحكمه حكم الحاضر (مسئلة) فاذا زالت هذه الاعذار من الغيبة والمرض والصغر وما ذكر قبل هذا فان لمن زالت عنه من المدة بعد زوالها مثل ما للشفيع من المدة بعد الشراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ان مدة العذر غير معتبر بها فاذا زال العذر اعتبر من وقت امكان الاخذ بالشفعة بقدر ما يعتبر لمطلق الدواعي من وقت

الغائب غيبته وان طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة

البيع لانه في حكمه والله أعلم وهذا اذا كان الصغير لا ولي له من أب أو وصي أو مقدم من حاكم فان
كان له ولي منهم فان له من المدة مثل ما للغير المحجور الا أن يسلمه الولي قبل ذلك فان ترك الولي الاخذ
بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك في المجموعة ان علم الولي بالشفعة وعلم منه في ذلك
تفريط وتضييع فلا شفعة للصبي اذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب لان وليه بمنزلته وقول
مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الغيبة متصلة من
قبل وقت الابتياع وأما ان كان حاضرا عند الابتياع ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة
ففي المدونة في الشفيع يكون حاضرا عند البيع ثم يغيب عشر سنين أو أكثر ان كان خروجه في
مدة لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفرا يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضي أمد الشفعة فقد بطلت
شفعته وان كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة فمنعه مانع فهو على شفعته بعد أن يحلف
انه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك انه خرج في مدة كان له الأخذ
بالشفعة الى سفر ينقضي قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة الى آخر أمدها فانه اذا
قام في بقية من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة فان عاقه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة لانها
انما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره انه باق على شفعته لأن بقاء المدة يشهد له
بذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الشفيع حاضرا والمشتري غائبا ففي المجموعة لأشهب
سواء غاب بعد الشراء أو اشتراها في غيبته أو اشتراها له وكيل فالشفعة ثابتة وان طالت غيبة المشتري
قال ولو قام بشفعته لحكم له بها فان لم يقم لم يضره تأخيره لعذره لتجشم الخصومة فان كتابة عهدته عليه
أبحضرته حسن (مسئلة) ولو كان الوكيل يبني ويهدم ويكري بحضرة الشفيع لم يقطع ذلك
شفعته ما لم يكن وكيلا على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ميسر اذا كان الوكيل يبني
ويهدم بحضرة الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه يريد لشركته في ذلك قال وهذا يقطع شفعته قال ولو لم
يل ذلك معه وقامت بينة أنه علم بذلك وهو حاضر فلا شفعة له اذا مضى من المدة ما تنقطع اليه الشفعة
(فصل) فاذا قلنا ان السنة قريب ولا تقطع الشفعة فهل يجب عليه يمين انه لم يسكت هذه المدة لأنه
تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك في العتبية يحلف ان قام بعد ستة أشهر وفي الموازية عن
مالك يحلف بعد سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أضرب منها ما يقصر
كالشهرين وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين وما هو أطول منها كالسبعة أشهر وما
كان له حكمها فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف وطويل المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا
تنقطع فيه الشفعة (مسئلة) وهذا ان علم بالشراء وثبت ذلك عليه ببينة أو اقراره وان أنكر
العلم به وهو مقيم بالبلد فقد قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن
المواز وان الاربعة لكثير ولا يصدق في أكثرمنها ص ﴿قال مالك في الرجل يورث الارض نفرا
من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أخا البائع
أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا﴾ ش وهذا على ما قال ان
الاخوة اذا ورثوا أرضا فيتوفى أحدهم عن ولد ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه فان اخوة البائع أحق
بشفعته مما باع من أعمامه لأن شركتهم أخص فتختص بمضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب ازالة
الضرر من القسمة فكانت الشفعة بينهم أولى وقد قال ابن المواز المشتري والوارث في الشفعة سواء
*وقال مالك في المجموعة والعتبية ليس المشتري كالورثة ولا العصبة كأهل السهام المفروضة فيحتمل

* قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده ثم يولد لاحد النفر ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا

القول الذى فى كتاب محمد المخالف لرواية العتبية ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك
المشترى انه بمنزلته فى الشفعة ورواية العتبية فى جماعة ورثة يرثون أباهم ان بعضهم أحق بشفعته فيما
باعه اشراكهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم
فأما أهل السهم كالجدتين تشتركان فى السدس والاخوات الشقائق والاخوات للاب يشتركن
فى الثلثين والاخوة للام يشتركون فى الثلث والزوجات يشتركن فى الربع أو الثمن فقد قال مالك
فى الموازية والمجموعة أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة فان تركوا الشفعة
فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فان سلم أهل الميراث فسائر الشركاء
أحق بالشفعة قال ولم يختلف فيه أصحاب مالك المغيرة وغيره الا ابن دينار (مسئلة) فان كان مع
أهل السهام عصبة فباع أحد العصبة فقد قال ابن القاسم الشفعة لأهل السهام والعصبة قاله مالك
وأصحابه الا أشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام وجه القول الاول ان آحاد
العصبة مشاركون لجملة أهل السهم فلذلك كان أهل السهم بمنزلتهم فى حقوقهم وآحاد أهل السهم لا
يشاركون العصبة وانما يشاركونهم بالجملة لأن حقوقهم متقدمة وقد تساووا فى ذلك ووجه آخر وهو
ان معنى التعصيب فى هذا الموضع الوراثة لا من يدعليه ولذلك لا تتقرر سهامهم ولا تختص بسهم ما
وحق أهل السهم التقديم على العصبة بذلك السهم ولذلك يضربون به عند العول والعصبة يسقطون
عند العول فكل حق للعصبة شاركهم فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم
لاختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئلة) ومن أوصى لهم بثلث أو بسهم فباع أحدهم فان شركاءه
أحق بالشفعة من الورثة قاله أشهب فى الموازية وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة
الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام ص ﴿ قال مالك الشفعة بين
الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره
وذلك اذا تشاحوا فيها * قال مالك فاما أن يشترى رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد
الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى ويقول المشترى ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها
اليك وان شئت ان تدع فدع فان المشترى اذا خيره فى هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ
الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شئ له ﴾ ش وهذا على حسب
ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر مالهم من الانصباء فى المال المبيع بعضه وليست الشفعة على
عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله على بن أبى طالب قال أشهب لأن الشفعة انما وجبت لشركهم
لا لعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيبهما فى عبد فالتقويم
عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى معنى قول مالك له
من الشفعة بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيه يقتضى انهم
ان لم يتشاحوا جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا وان لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل
ما يعطى من كثر نصيبه أو أكثر وقد حكى القاضى أبو محمد لا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها والمشترى
للشقص أحق بذلك ممن وهبه اياها الشفيع أو باعها منه (فرق) والفرق بين هذه المسئلة ان
الموهوب له لا حق له فى الشفعة والشفيع الذى أعطى أكثر من حقه منها له حق فى الشفعة وانما
صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها
فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها لانه فى معنى تركه الأخذ بها

* قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك ان تشاحوا فيها * قال مالك فاما أن يشترى رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى ويقول المشترى ان شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت أن تدع فدع فان المشترى اذا خيره فى هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شئ له

(فصل) وقوله فاما ان يشترى رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى ويقول المشترى اما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة فليس للشريك الا ذلك يحتمل أن يريد بقوله فيشترى رجل من رجل من شركائه ان رجلاً أجنبيا اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه اليه بمعنى الملك كما يقول صاحبه ومالكه ويحتمل أن يريد به ان رجلا من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائدا الى المشترى فان كان المشترى من غير الشركاء فاراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة فقال المشترى اما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائبا أو حضورا فان كانوا حضورا وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك فان ترك فلا رجوع له فى الشفعة فان أخذ لم يكن لاحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ووجه ذلك ان الاخذ بالشفعة عقد لازم والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم فاذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزم فى الجهتين فلا رجوع لاحدهما فيه (فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشترى منعه من أخذ الجميع قاله فى المدونة ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعيض فكما ليس للشفيع أن يبعضها على المشترى كذلك ليس للمشترى تبعيضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للمبتاع فليس للشفيع الا قدر سهمه وللمبتاع سهم المسلمين وان كان تسليمه على وجه كراهية الاخذ فللشفيع أخذ الجميع فان أبى فلا شفعة له وقد تقدم انه لا تجوز هبة الشفعة لكنه انما تجوز هبتها لمن له حق فى ملكها كالمشترى واذا تركها الشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة فقدم عليه والله أعلم (مسئلة) وان كان اشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك فان ترك فلا دخول له مع أصحابه اذا قدموا وأخذوا الشفعة فان قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فمن قدم دخل معه فى الشفعة ان أراد ذلك على قدر حصتهما كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم فى المدونة وقاله أشهب فى غيرها (مسئلة) وأما ان كان المشترى أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معى فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أر فيه نصا الا ما تحتمل هذه المسئلة من التأويل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله والذى عندى ان للمشترى أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشترى أكثر ما فيه انه شفيع تارك فان أراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والا بطلت الشفعة وهى عند المشترى بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم ص ﴿قال مالك فى الرجل يشترى الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها﴾ ش وهذا على ما قال ان المشترى اذا اشترى الأرض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وما له أصل ثابت والثانى ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والاصلاح فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الا أن يعطيه قيمة ما عمر قاله مالك فى الموازية والمجموعة وغيرها ووجه ذلك انه عمر بوجه حق لانه عمر فى ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشاركه المشترى بالعمارة لان ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التى شرعت الشفعة لنفيها وتصور هذه المسئلة بأن يكون المشترى

* قال مالك فى الرجل يشترى الارض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الآن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها

* قال مالك من باع حصته من أرض أودار مشتركة فلما علم أن صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشترى فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

اشترى الأرض كلها فعمرفيها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصة وأراد أخذ الباقى بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشترى اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمرفأدرك فيها حقا يريد والله أعلم استحق منها جزأ أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقصا من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع فان العمارة تقوّم مطروحة نقضا فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضا والا أمره بقلعه قاله مالك فى المجموعة ووجه ذلك انه متعد بالبنيان (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ماغرس فقد روى أشهب عن مالك فى الموازية انما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد يهدم قبل ذلك ويبنى ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق وليس بصواب وقد ينفق فى غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا ينبت منه الا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك

(فصل) وقوله ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا يريد يستحق منها جزأ وهذا الجزء الذى استحقه وقد بنى فيه المشترى فانه ليس له أخذه حتى يدفع الى المشترى قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه اتلاف لما بنى وغرس فان أبى المستحق من أن يدفع الى المشترى قيمة ما بنى قيل للمشترى ادفع اليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء فان أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشترى بقيمة بنائه أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فى احياء الموات ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أثبت فى الأصول الثابتة من البناء والشجر فاذا أبى لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع اليه قيمة أرضه فان أجاب الى ذلك وامتنع منه صاحب الأرض أجبر على ذلك لضعف جنبته من الاباية عن تخليص الملك فان أبى المشترى أيضا شرك بينهما لان هذا الحكم مبنى على أن يجبر فيه على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا التشريك بينهما (فرع) فان دفع المشترى الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقية الأرض بالشفعة ففى المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب ولست أراه ووجه نفى الشفعة ما احتج به أشهب من انه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك ان الشفعة انما تثبت لنفى الضرر وقد خرج عن الشقص الذى كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثانى ان الشفعة قد ثبتت له بشراء المشترى وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وانما يعتبر فى الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها وهو وقت شراء المشترى ويجىء على القول الاول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب فان بيعه لحصته التى بها يستحق الشفعة ترك لشفعته لان الشفعة انما ثبتت لازالة الضرر فاذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفى الضرر عنه فكان بيعه لحصته يقتضى ترك الأخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم (فرع) فان أبى المشترى من دفع قيمة الأرض ورجعا الى الشركة فان كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فهما شريكان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب ففى المجموعة لا شفعة له فى النصف الآخر وقال فى كتاب الغصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضا بربع ثمن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشترى بربع قيمة النقض الذى هدم منقوضا ص ﴿ قال مالك من باع حصته من أرض أودار مشتركة فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشترى فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

أحق بها بالثمن الذى كان باعها به ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الاقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة لان حق الشفيع قد وجب فى الشقص المشترى وأثبت له الخيار فى أخذه أو تركه فلم يكن للمشترى والبائع أن يسقطا حقه منه بالاقالة ولا بغيرها ولا خلاف ان للشفيع أن يأخذ بالبيع الاول وهل له أن يأخذ بالاقالة وتكون عهدته على المشترى أم لا مبنى على اختلاف قولهم فى الاقالة هى بيع حادث أم نقض بيع فاذا قلنا انها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وانما له أن يأخذ بالبيع الاول وتبطل الاقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولزومه ولذلك قال مالك ولو سلم الشفعة صحت الاقالة وهو الذى قاله مالك فى الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسان وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة ان رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهى باطل وللشفيع الشفعة ثابتة وان رأى أنها على الصحة صحت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء واذا قلنا انها بيع حادث وهو الذى ذكره القاضى أبو محمد فان له أن يأخذ بالبيع الاول أو بالاقالة فتكون عهدته ان شاء على البائع وان شاء على المشترى مع التساوى فى الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الاول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه فله أن يأخذ بالاول أو الثانى أيهما شاء (مسئلة) وهذا اذا كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فان كانت بعد تسليم الشفعة ففى الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون فان للشفيع أن يأخذ بعهدة الاقالة وكذلك الشفعة فى الشركة والتولية ووجه ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وان كان قد سلمها قبل الاقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ثم باع المشترى فان له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى والله أعلم

ص ﴿ قال مالك من اشترى شقصا فى دار أو أرض وحيوانا وعروضا فى صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته فى الدار والأرض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته فى الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شئ اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذى اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذى يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم ان من اشترى شقصا من دار أو أرض مما فيه الشفعة ومعه فى الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض فلا يخلو أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيد العاملين فيه ودوابه وآلته أو يكون مما لا تعلق له به فان كان من آلته ففى المجموعة عن سحنون ان ما بيع مع الحائط من آلته ورقيقه أن فيه الشفعة لان صلاح الحائط لا يتم الا به كالعين تباع مع الارض وفى الموازية والدواب والرقيق والآلة انه كبعضه يريد ان الشفعة فيه على وجه التبع للحائط قال الا أن يكون انما أضيف اليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قال وانما يكون له حكم التبع اذا كان قد أثر فى الحائط عمله أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد فى الحائط ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم فى المساقاة وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعا له مثل أن يبيع شقصا وثوبا بثمن تام ان الثمن يفض على الشقص والثوب وما أصاب الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع ان شاء وما أصاب الثوب فهو ثمنه ويبقى للمشترى قال فى كتاب ابن المواز ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن لم يجز ومعنى ذلك أن يستوجبه على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة فذلك غير جائز واما أن يستوجبه على أنى قد أخذت بالشفعة وان لم يعلم الثمن فلذلك تأثير عندى فى طول أمد الشفعة ولا يقال فيه انه غير جائز

أحق بها بالثمن الذى كان باعها به * قال مالك من اشترى شقصا فى دار أو أرض وحيوانا وعروضا فى صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته فى الدار أو الارض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا * قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته فى الدار أو الأرض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شئ اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذى اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذى يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك

لانه على حسب ما كان عليه من الخيار اذا عرف الثمن (مسئلة) ولو باع شقصا وقمحا بدنانير فلا بد من تقويم الشقص والقمح قاله فى الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا اشتملت الصفقة عليهما فلا سبيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيفض الثمن عليهما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدينار فلا بد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بجواز الصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشترى خلما اشتريت جميعا فانى انما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ما فيه الشفعة يريد انه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك جاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك ص ﴿ قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى ﴾ ش معنى ذلك ان بعض الشفعاء اذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الأخذ بها فان أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشترى أن يمنعه من ذلك لانه شفيع فلا تتبعض عليه الشفعة للمشترى كما لو انفرد (مسئلة) فان أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يخلو أن يسوغ له ذلك المشترى أو يمنعه منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق فى استيعاب الشفعة انما هو حق لهما وغير خارج عنهما فاذا رضيا بترك ذلك جاز كالبيع وان أبى المشترى من ذلك فعلى ما قال فى الأصل لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة لما على المشترى فى أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته وأخذ بعضها والزامه سائرها ص ﴿ قال مالك فى نفر شركاء فى دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتى وأترك حصص شركائى حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة ﴾ ش قوله فى نفر شركاء فى دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب ولا فرق بين الدار الواحدة فى ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع انما يأخذ ما اشتراه فى الثلاث الدور أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من احدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرها اذا كان شريكه فى جميعها وكان المشترى اشترى ذلك فى صفقة واحدة قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض الصفقة ألا ترى ان من اشترى أرضا ثم استحق الكثير منها فان له ردسائرها الضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق (مسئلة) ومن اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر قاله مالك فى المدونة وقاله فى غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجهه انه تبعيض بصفقة المشترى فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد (مسئلة) ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارا أو أرضا ونخلا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففى المدونة لابن القاسم انما له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان فى صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فبين أيضا وقد أشار أشهب فى الموازية والمجموعة الى أن هذا معنى المسئلة وقال ان له أخذ حصة أحدهم دون الباقين وان كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل انفرد

قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقى * قال مالك فى نفر شركاء فى دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتى وأترك حصص شركائى حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة

به فأعلم وجه الصفقة لذلك ولا يظهر عندى فيه وجه لثبوت الشفعة لانه ليس فيه تبعيض لصفقة أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم فى الموازية وغيرها فى الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرناه من اشترا كهما فى المبيع والصفقة وقد قال أشهب له أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب الينا وقاله سحنون (مسئلة) ولو بعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه بفض الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه انفاذ البيع بثمن مجهول وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندى على مذهب من يرى الشفعة بيعا ان ينفذ الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع والمشترى وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فانه ليس بأخذ لازم له وله الخيار اذا عرف الثمن ولكن له تأثير فى أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبى بكر بن حزم ان عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود فى الارض فلا شفعة فيها ولا شفعة فى بئر ولا فى فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الامر عندنا * قال مالك ولا شفعة فى طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والامر عندنا انه لا شفعة فى عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح ﴾ ش قوله واذا وقعت الحدود فى الارض فلا شفعة فيها على ما تقدم من انه لا شفعة للجار لأن الحدود اذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة الى حكم الجاورة والحديث الذى ورد ان الجار أحق بصقبه لأنه محمول على الشريك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وهذا واضح فى ذلك

(فصل) وقوله ولا شفعة فى بئر يريد والله أعلم بئرا لا أرض لها مشاعة ولا يقسم ماؤها وانما هى من آبار الشفة أو آبار سقى الارض الا ان الارض قد بيعت دونها أو قسمت وفى المدونة عن مالك فيمن قاسم شريكه الأرض والنخل ثم باعه نصيبه من العين فلا شفعة فيه ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها ومعنى ذلك والله أعلم ان البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما فاذا كانت تبعا لما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة اليها وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة واذا لم تكن تبعا لها فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار النخل وعيونها على ضربين منها ما يكون عددا يحتمل القسمة ومنها الواحدة التى لا تحتمل القسمة فأما ما يحتمل القسمة ففى المجموعة والموازية فى الأرض بين الرجلين لها بئران أو عينان فاقتسما البئرين أو العينين خاصة فباع أحدهما عينه أو بئره وحصة الأرض فان للشفيع الشفعة فى الأرض دون البئر بما يصيب الأرض من الثمن تقوم الأرض بلا بئر والبئر بلا أرض وقال فى كتاب محمد ولو باع البئر دون أرض فلا شفعة فيها ووجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما ان كانت بئرا واحدة فلا يصح فيها قسمة ولا شفعة فيها الا على قول من يرى الشفعة فى النخلة الواحدة والشجرة الواحدة ولم أر أحدا من أصحابنا صرح بذلك وان كان قياس ما قدمناه واتفقوا على انه ان كانت الأرض باقية على الاشاعة فالشفعة فيها وان أفردت بالبيع وان كانت أرضها مقسومة ولا أرض لها فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسها على هذا القول وانما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض وصرف جميع منافعها اليها وعلى هذا كان

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾
* قال يحيى قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبى بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال اذا وقعت الحدود فى الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة فى بئر ولا فى فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال مالك ولا شفعة فى طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والأمر عندنا انه لا شفعة فى عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيما اذا لم يكن لها أرض وان احتمل القسمة واذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها لأنها أصل ثابت وجبت الشفعة في كثيرها اذا انفردت عن الأرض وفي الواحدة منها وان انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم الا اذا اتصل بها من الأرض ما تجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لا تحتمل رقبتها القسمة ويكون ماؤها يقسم بالقلد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في مائها وان لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقي بتلك العين وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون اشراكهم وقال أشهب في المجموعة لا شفعة فيها اذا قسمت الارض وجه القول الأول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة يتبع أصله بمجرد العقد فتثبت فيه الشفعة كالثمرة ووجه قول أشهب يجوز ان يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة ويحتمل أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة لان آحاده لا تحتمل القسمة كالأرض التي لا تحتمل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبع اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

(فصل) وقوله ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج اليها التلقيح الحائط فان كان الحائط مشتركا بين أرباب الفحل فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة وان لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقح بها فحكمه حكم النخلة الواحدة وفي الموازية عن مالك اذا اقسم الحائط وبقي الفحل والفحلان ولا يقدر أن يقسم فليس في ذلك شفعة وقال ابن القاسم في المدونة لا شفعة في النخلة الواحدة لأنها لا تنقسم ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة وقال ابن الماجشون فيها الشفعة لأنها من الأصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لا شفعة في طريق ولا عرصة وان صلح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء وقال مالك في المدونة لا أرى أن يقسم مجرى الماء وقال ابن القاسم لا يقسم الطريق اذا أبى ذلك أحدهم وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصة الدار ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الاشاعة وقد خرجت عن أن تكون تبعا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة ﴾ ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة لانه قد كمل وانتقل به البيع الى ملك المبتاع واذا كان على وجه الخيار فالمبيع باق على ملك البائع فلا تثبت الشفعة مع بقائه على ملك البائع * قال مالك وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري قال ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان الخيار لاجنبي (مسئلة) ولو باع أحد الشركاء في مدة الخيار ففي الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشقص ببيع الخيار له الشفعة

*قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على انه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشترى ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشترى ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة

فى بيع البتل سواء صار الى البائع أو المشترى ورواه ابن حبيب عن مطرف قال ابن المواز ذهب ابن القاسم الى أن الشفعة للبائع بالخيار فى بيع البتل نفذ بيع الخيار أو رد وقاله أصبغ وقال أشهب الشفعة لمبتاع البتل فيما بيع بالخيار وجه قول ابن القاسم ان هذا مبنى على أن البيع فى مدة الخيار مراعى فان نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع الى المشترى وان رد علم أنه كان باقيا على ملك البائع فبين بانفاذ البيع أو رده مستحق الشفعة فى بيع البتل يوم العقد ووجه قول أصبغ انه مبنى على أن المبيع باق فى مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فانما هو بيع حاضر بعد وقوع البتل فالشفعة فى بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار و باع حصته بعد البيع وأما قول أشهب فبنى على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده فى حصته عقد بيع البتل فلا شفعة له فاذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار كان لمشترى البتل الشفعة فيما أنفذ بعد ذلك من بيع الخيار (مسئلة) ولو سلم الشفيع شفعته فى مدة الخيار لم تبطل شفعته وكان له الأخذ بها اذا تم البيع من كتاب ابن المواز وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة فالشفعة لمشترى البتل فيما بيع بالخيار لان بيع الخيار انما يثبت يوم يختار وقاله أشهب فتحمل رواية ابن المواز على أن الشفيع فى بيع الخيار ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد ومعنى قول ابن الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التى وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ما باعه بالخيار على ملكه فاذا سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار فله أن يأخذ بالشفعة ما لزم ونفذ فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك فى أصل بنى عليه هذه المسئلة وهو فيمن وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك ففى كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف فى ذلك قول مالك قال وأحب الى أن لا شفعة له بعد بيعه وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع الا أن يبقى له بقية أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضييق الواسع وخراب العامر وهذا ليس له شئ يلحقه ذلك فيه وما أظهره من علة الشفعة ليس بشئ لان مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل و يحول ولا شفعة فيه وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية اذا باع ولم يعلم بشفعته فله الشفعة وتكون عهدته على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع من شريكه أو غيره ثبت ان وجبت له الشفعة فشفعته قائمة (مسئلة) ومن ابتاع شقصا فوجد به عيبا وأراد رده وأراد الشفيع أخذه وقال أنا أرضى بعيبه فللمبتاع رده ولا شفعة للشفيع قاله أشهب فى المجموعة وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فمن ابتاع دارا فردها بعيب دلس فيه به ثم استحق نصفها بعد ان ردها فالشفعة له ان شاء من حساب جميع الثمن فوجه قول أشهب أن المبتاع يقول لا أرضى بأن يثبت على عهدة معيب وقد ثبت لى خيار الرد فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار ووجه قول ابن القاسم انه بيع نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشترى فثبتت فيه الشفعة كما لو لم يجد به العيب (مسئلة) وهذا ان أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب فتكون عهدته على المشترى ولو أراد أن يأخذ بالرد بالعيب فتكون عهدته على البائع فأما من قال من أصحابنا ان الرد بالعيب نقض للبيع من أصل البيع أو نقض له من وقت الرد بالعيب فلا شفعة فيه والله أعلم (فرع) قال ابن المواز أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشترى قال القاضى أبو محمد سواء أخذ بالشفعة قبل قبض المشترى الشقص أو بعده وقال ابن أبى ليلى العهدة على البائع على كل وجه وقال أبو حنيفة هى على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتر ووجه ذلك أن المبيع يحصل فى ملك المشترى بنفس

العقد اللازم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لان الملك انما ينتقل عنه اليه (مسئلة) واذا أفلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع الثمن الى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله الا مع عدم الثمن الذى له وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له فكان الشفيع أحق به واذا رجع الشقص الى بائعه فللشفيع الشفعة لانه بيع جديد قاله سحنون ووجه ذلك أن ارتجاع البائع لما باع عند فلس المفلس ينقل المبيع من ملك المشترى ويرده الى ملك البائع فكان ذلك تبعا له حكم المبيع وتثبت فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن فباعه الامام للغرماء ففى العتبية عن أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك فى الرجل يشترى أرضا فتمكث فى يديه حينا ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا بميراث أن له الشفعة ان ثبت حقه وان ما أغلت الارض من غلة فهى للمشترى الأول الى يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشترى أو هما حيان فنسى أصل البيع والاشتراء لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذى ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه فى حداثة العهد وقربه وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الارض على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ثمنا الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد فى الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك ﴾ ش ومعنى هذا ان من اشترى أرضا ثم استحق رجل بعضها بميراث أو غيره من ابتياع أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة فان المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكون له أن يأخذ باقيها بالشفعة قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية ولو كان المبتاع قد رد ما بقى بيده من الدار الى البائع لما استحق منه نصفها لكان للشفيع الاخذ بالشفعة لا يقطع شفعته رد المبتاع الى ما بقى بيده الى البائع ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع وقد نقل البيع ما بقى فيها الى ملك المبتاع فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع فلا يبطله ما ردها الى البائع كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع

(فصل) وقوله ان ما أغلت الارض من غلة فهى للمشترى ووجه ذلك ان ذلك كان فى ملكه ومن ضمانه ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غرس أو ذهب به سيل فوجب أن تكون الغلة له يريد ما كان له حكم الغلة مثل الثمرة وما لم يكن من جنس الاصل وأما ما كان من جنس الاصل مثل الودى فانه مثل ولد الحيوان فله حكمه فى الرد بالعيب والاستحقاق وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة وأما ما أخذ بالاستحقاق فان اشتراها المشترى ولا ثمر فيها لم يؤبر ثم استحقها وفيها ثمرة أبرت أو أزهت فهى له وعليه ما أنفق وسقى المشترى ما لم تفت بجداد أو يبس فلا شئ له فيها وهى للمبتاع ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشترى مزهية أو مأبورة فقد قال ابن المواز هى للمشترى كيف كانت ولو يبست أو جدها المشترى أو باعها أو أكلها الغرم المكيلة ان عرفها أو قيمتها (مسئلة) وأما ضمان ما تلف من النخل فان معنى ذلك انه لا يرجع بثمنه على البائع منه ولكن لو أراد المستحق أن يغرمه ثمن ذلك أو قيمته لم يكن له ذلك وسواء تلف ذلك بفعل المشترى أو بغير فعله ولو قلع النخل أو قطعها أو كانت دارا فهدمها لم يكن للمستحق الا أن يأخذها كما هى ولا يتبع المشترى بشئ مما هدم الا أن يكون النقض حاضرا فيأخذه أو يرجع على البائع بثمن ما استحق ووجه ذلك انه تصرف فى ملكه بما يجوز له فلم يكن

قال مالك فى الرجل يشترى أرضا فتمكث فى يديه حينا ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا بميراث ان له الشفعة ان ثبت حقه وان ما اغلت الأرض من غلة فهى للمشترى الأول الى يوم يثبت حق الآخر لانه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشترى أو هما حيان فنسى أصل البيع والاشترا لطول الزمان فان الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذى ثبت له وان كان أمره على غير هذا الوجه فى حداثة العهد وقربه وانه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى انه ثمنها فيصير ثمنها الى ذلك ثم ينظر الى ما زاد فى الارض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الارض بثمن معلوم يوم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك

قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فان خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة

عليه ضمان لسلامته من التعدى (مسئلة) ولو أن المشترى وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلعها لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه وانما يرجع بها ان شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض ان وجده عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ماقدمناه ولو تعدى أجنبي فهدمها عند المبتاع ثم استحقت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدى لانه أتلف ماله على وجه التعدى فكان له أن يضمنه سواء علم انه له أو لم يعلم بذلك

(فصل) وقوله ولو طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشترى أو هما حيان فنسى أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريد ان لطول الزمان تأثيرا في ابطال الشفعة فاذا أتى من طول الزمان ماتبيد فيه الشهود وبادوا لم يجئ ذلك بالاشهاد على شهادتهم حتى لم يمكن اثبات ثمن المشترى فان الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها الطول الزمان فان له تأثيرا في ابطال الشفعة ولذلك قلنا انه اذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع بطلت شفعته والثانى ان الظاهر تركه الطلب بها على وجه مايطالب بذلك ولم يصرف النظر الى ذلك حتى طال الزمان ومضت المدد التى لايكاد يغير فيها ذو الحق عن النظر في الطلب لحقه فان الظاهر تركه للشفعة ولهذا أيضا تأثير في ابطال الشفعة ولهذا اثبتت فيما قرب من المدد دون مابعد منها والثالث انه ان لم يثبت الثمن وجهل فان له تأثيرا في ابطال الشفعة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أخت له بحصة من قرية وقال كنت اصبت من مورثها مالا أعلم قدره انه لاشفعة في ذلك لان الثمن لا يعرف قال سحنون لانه ليس ببيع ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شئ يدعيه ويطلبه فصولح به لكان كالبيع تثبت فيه الشفعة بالقيمة وان لم يسم الثمن فاذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في ابطال الشفعة فعلى هذا لطول المدة أحوال منها أن تطول جدا حتى يأتى من المدة مايبيد فيها الشهود وينسى الثمن فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر وماهو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب وهى على ماتقدم ومادون ذلك من المدة تجب اليمين فيها على الحاضر انه ماترك فيها القيام تركا للشفعة ويكون له الاخذ بالشفعة وماهو أقرب من ذلك له فيه الاخذ بالشفعة دون يمين

(فصل) وقوله وان كان أمده على غير ذلك ورأى ان البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة فالشفعة ثابتة يريد أن اخفاء قدر الثمن وجنسه بمجرده لا يقطع الشفعة وانما يقطع ذلك اخفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لاتفق المتبايعان على كتمانه وبطلت الشفعة وثبت الضرر وهذا باطل باتفاق

(فصل) وقوله قومت على قدر مايرى انه ثمنها فيصير ذلك ثمنها يريد انه اذا أخفى المتبايعان الثمن فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص لانه اذا لم يعرف العوض أو كان مما لاقيمة له فالشفعة تجب بقيمة الشقص وهذا حكم الشقص ينكح به أو يخالع به أو ماجرى مجرى ذلك فانه انما يأخذه الشفيع بقيمة ما كان عوضه لاقيمة له فكذلك اذا جهل ثمنه والله أعلم واحكم ص ﴿ قال مالك والشفعة ثابتة فى مال الميت كما هى فى مال الحى فان خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه الشفعة ﴾ ش وهذا على ماقال ويحتمل قوله والشفعة ثابتة فى مال الميت كما هى فى مال الحى أن يكون الميت قد خلف ورثة فباع بعضهم أو جميعهم فلسائر الورثة ان باع بعضهم أو لمن شركهم ان باع جميعهم الشفعة فعلى هذا يكون معنى قوله الشفعة ثابتة فى مال الميت أى فى المال الذى كان للميت وانتقل عنه بوراثة ويحتمل أن يريد أنه بقى على حكم الميت اما لدين لزمه يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت

به وقد قال فى المجموعة فى ميت لحقه دين فباع عليه الامام أرضه من زيادة فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أؤدى من الدين بقدر ما على وآخذ بقية نصيب شركائى بالشفعة فان كان فى بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك والا فلا شفعة له * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى انه ان أو فى ثمن الأرض بالدين فان للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فان سلمها بعضهم فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة لانهم فى الحقيقة بائعون وهو شريك لهم متمسك بحظه فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة وان قصر ثمن الارض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم ويتمسكوا بالارض فانهم فى ذلك كسائر الناس فان زادوا على ما أعطى غيرهم بالارض اشتروا الارض وان كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك فمن زاد منهم مشتر لا وارث فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبى أو وارث وان لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم فمن أعطى أولا ذلك الثمن فهو أحق به والورثة والاجنبيون فى ذلك سواء وقال أشهب فى الموازية والمجموعة فى المتوفى يحيط الدين بماله ليس للغرماء أخذ شفعته وللورثة أخذها فان أخذوها بمال الميت فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم فما بقى فللورثة فان أخذوها بمالهم فان كانت تساوى أكثر من الثمن بيعت وقضى بالفضل دينه وان لم تبلغ الا الثمن أو أقل لم تبع عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون لمالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراه أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك يبدأ بالورثة فيقال لهم ان قضيتم الدين فلكم الشفعة لان الميراث بعد الدين فان أبوا وبيع ميراث الميت لدين فلا شفعة لهم لان الشقص الذى يشفع به قد بيع ولم يملكوه فى مال ولا حلوا محل الميت لتبريهم من تركته قال المغيرة واذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأحبوا أن يباع المال فان كان فيه فضل ورثوه فلا شفعة لهم ولا للغرماء لان الغرماء لا يملكون الشقص الذى ثبتت به الشفعة وهذه المسئلة وان كان فيها معنى التفسير الذى قدمناه فى المسئلة كلها نظر لان الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيعها وفى هذه المسئلة أخذ الشقص بالشفعة ليباع وقد قال أشهب فى الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لانه انما يأخذ ليباع فى دينه ما عقبه وقال سحنون انما ذلك لان المفلس محجور عليه يريد والله أعلم انه يباع عليه بالحكم ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الاصلح له فى أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الباب مبنى على ان حق الشفعة موروث وبه قال الشافعى ومنع منه أبو حنيفة والدليل على ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوجب أن ينتقل الى الورثة كخيار الرد بالعيب (مسئلة) ولو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة اذا كان الميت باع قاله سحنون فى العتبية والاظهر عندى فى هذه المسئلة ثبوت الشفعة لان الموصى لهم وان كانوا غير معينين فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار وقد بلغنى ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فان خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه ولا شفعة فيه يريد أن بيع الجزء من المشاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنه لو ميز بالقسمة لضرر الشركة ولما يخاف من الشفعة فقد يمتنع الراغب فى الملك من شرائه اذا عرف ان له شفيعا يأخذ الشفعة لانه ليس فى التعرض لشرائه الا ثبوت العهدة عليه للشفيع والعناء فى النقد والانتقاد وعقد عهدتين احداهما له والاخرى عليه وقد يشترى من فقير فلا يجد على من يرجع بالثمن ان استحق الشقص يوما فيزيد فى ثمن المقسوم

المعين لانه لايؤخذ منه بشفعة بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص ﴿ قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شئ من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم ويقع فيه الحدود من الارض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه لما قدمناه من ان غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة وأما اذا كانت تبعا لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط ففي العتبية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصا من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذه الشفيع مع رقيقه ودوابه اذا لم يكن للحائط منهم بد زاد في كتاب محمد ولو اقتسم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لاحد فيه ووجه ذلك انهم بعض صفات الحائط لانه لا يكون على تلك الصفة الا به فهم منه على وجه التبع له (فرع) فاذا قلنا لهم أخذ ذلك بالشفعة فلو ان المشترى وهبهم أو باعهم فان للشفيع أخذ الحائط وما بقى بحصته من الثمن ولو ماتوا فله أن يأخذ الشقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الاصل فان أتلف المشترى أعيانهم لزم تقسيط الثمن وان ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقى الا بجميع الثمن كما لو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها لزمه تقسيط الثمن وأخذ ما بقى بحصته منه ولو يبست الاصول أو احترقت لم يكن له أن يأخذ الباقى الا بجميع الثمن والله أعلم (مسئلة) والنخل والنقض انما تثبت فيه الشفعة اذا كان على حكم التبقية لانه من الأصول الثابتة فاذا بيع شئ من ذلك على القلع فلا شفعة فيه قاله ابن القاسم في الموازية والمجموعة فيمن ابتاع نخلة على القلع ثم اشترى الارض بعد ذلك فأقرها فاستحق رجل نصف ذلك كله فان له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة بنصف الثمن قال أصبغ والى هذا رجع ابن القاسم وقال سحنون وابن القاسم فيمن اشترى نقض دار على القلع ثم اشترى العرصة أو اشترى العرصة ثم اشترى النقض واستحق رجل نصف الدار انه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض بقيمته قائما وأنكر هذا سحنون وطرحه وقال قد أبطل الشفعة ههنا في النقض وقال أشهب الشفعة في الأرض دون النخل والبناء قال أصبغ قول ابن القاسم أصوب وعليه أصحابنا

(فصل) وقوله انما الشفعة فيما يقسم وتقع فيه الحدود من الأرض يريد ما يقسم بالحدود وذلك مما يختص بالأرض وأما ما لا تصلح فيه القسمة على الوجه المذكور فلا شفعة فيه وهذا على ضربين أحدهما ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذى ذكره من الحيوان والعروض الذى تنقل وتحول ولا خلاف بين الفقهاء اليوم في منع الشفعة فيه وانما روى اثبات الشفعة فيه عن ابن أبي ليلى والثانى أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة الا انه لا ينقسم بالحدود الا بضرر كالحمام والدار الصغيرة والاندر والبقعة الصغيرة من الأرض التى ان قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا ينتفع به ص ﴿ قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما أن يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائه فتركوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا أرى لهم ذلك ﴾ ش ومعنى ذلك ان من اشترى أرضا لها شفيع حاضر فانه ان أراد قطع خيار الشفيع رفعه الى السلطان فوقفه فاما أن يستحق ومعناه يأخذ بشفعته واما أن يسلم له السلطان معناه يحكم عليه بابطال شفعته ان لم يأخذ بالشفعة أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له قال الشيخ أبو بكر انما رفعه الى الحاكم ليأخذ أو يترك لان المشترى يحتاج

قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شئ من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح انه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه

* قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما أن يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشترائه فتركوا ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا أرى لهم ذلك

الى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والاصلاح فتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار وجوز أن يأخذ وان يترك أضر ذلك به ولا ينقطع خيار الشفيع معجلا الا بما ذكره من رفعه الى السلطان ويعجل الحكم له أو عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشترى الى السلطان ليقطع خياره لم يخل أن يكون المالك حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه فليس ذلك له وليعجل الأخذ أو الترك فى مقامه أو يسلم الحكم الى المشترى هذا الذى ذكره فى كتاب ابن المواز وهو لأشهب فى المجموعة وقال غيره اذا طلب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المبتاع اثبات شرائه فاذا اثبت أحلفه لقد نقد ما سمى من الثمن وما أعلن شيأ غيره ثم قيل للشفيع خذ أو سلم ولا يبرح من المجلس حتى يأخذ أو يسلم وقال مالك فى مختصر ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليوم واليومين والثلاثة لينظر ويستجيز ووجه ذلك انه خيار يضر بالمبتاع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو كان المالك غائبا فقال الشفيع أخرنى أنظر اليه فان كانت غيبة المالك بعيدة فقد قال مالك فى العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس له ذلك قال ابن المواز شراء المشترى يغنى الشفيع عن النظر لان المشترى انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار أخر لينظر اليه لانه ليس فى ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع (مسئلة) فاذا وقف الشفيع فترك الشفعة بطلت شفعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ بالشفعة وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الامام فى ذلك أجلا يومين أو ثلاثة وان لم يضرب له أجلا فلا بأس به وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه هكذا وقد رأيت عن ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال وكثرته وبقدر عسره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدرى ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ الشفيع بالشفعة لما وقف له ثم بدا له وأبى المشترى أن يقيله فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية ان ذلك لازم له الا أن يرضى المبتاع أن يقيله ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم كالبيع المجدد (مسئلة) وهذا كله انما هو اذا أوقفه الحاكم وأما لو أوقفه غير الحاكم والسلطان فانه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان التوقيف يفضى الى الحكم عليه بابطال شفعته وذلك لا يكون الا بعد حكم من له ولاية فان أوقفه من لا ولاية له فى الحكم لم يلزمه حكمه فى هذا كما لا يلزمه فى غير ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو ساوم الشفيع المبتاع فى الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم فى الموازية ان ذلك تسليم للشفعة وقال أشهب لا يضره ذلك وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بمحضر مع غيره لم تبطل بذلك شفعته واتفقا على انه لو قاسمه لبطلت بذلك شفعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

ص ﴿ حدثنى يحيى عن مالك أنه قال الأمر المجتمع عليه عندنا والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا فى فرائض المواريث أن ميراث الولد من والدهم أو والدتهم أنه اذا توفى الأب أو الأم وتركا ولدا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقى بعد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الفرائض)
﴿ ميراث الصلب ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك انه قال الأمر المجمع عليه عندنا والذى ادركت عليه أهل العلم ببلدنا فى فرائض المواريث ان ميراث الولد من والدهم أو والدتهم انه اذا توفى الأب أو الأم وتركا ولدا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقى بعد

ذلك بينهم على قدر مواريثهم ﴾ ش وهذا كما قال ان ميراث الولد من الأبوين على ضربين أحدهما أن يرثوا بالتعصيب وهو أن يكون الولد رجالا ونساء والثانى أن يرثوا بالفرض وهو ان يكن نساء فان ورثوا بالتعصيب وكانوا رجالا فالميراث بينهم بالسواء لتساويهم فى سبب استحقاقهم وصفتهم فى أنفسهم وان كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين * والأصل فى ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانفرادهن فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك فان كانت واحدة فلها النصف * والدليل على ذلك قول الله تعالى فان كانت واحدة فلها النصف وان كن اثنتين فالذى عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فما زاد الثلثان وروى ابن عباس أنه قال فرضهما النصف ولم يثبت ذلك عنه والدليل على ضعف هذا القول الاجماع على خلافه ودليلنا من جهة المعنى ان كل نوع من النساء فرض واحدتهن النصف فان فرض البنتين منهن الثلثان أصل ذلك الأخوات (مسئلة) فان كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبة يستحق باقى المال دفع اليه وان لم يكن ذلك دفع باقى التركة الى بيت مال المسلمين ولم يرد على البنات ولا على ذى فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعى وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والمشهور عنه انه كان يرد ما فضل عن ذوى الفروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام وبه قال على بن أبى طالب وهو قول أبى حنيفة والثورى وأحمد الا ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت ولا على الأخت للأب مع الأخت للأب والأم ولا على ولد الأم مع الام ولا على الجدة مع ذوى الأرحام فان انفرد عن الأربعة رد عليهن وأجمعوا على انه لا يرد على زوج ولا زوجة * والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للأخت النصف وأبو حنيفة يجعل لها الكل ووجه آخر ان البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت وأبو حنيفة جعل حكمهما واحدا ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذو سهم لا تعصيب له فلم يرد عليه كالزوج والزوجة

(فصل) وقوله فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر يريد فى الولد بدئ بفريضة من شركهم يريد أن البنات اذا كان معهن ابن ذكر فانهم يرثون بالتعصيب فاذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجين بدئ بفريضة من شركهم لان الابن قد نقلهن من الفرض الى حكم التعصيب فوجب تقديم الفروض والأصل فى ذلك ما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر ولو انفرد البنات لكن من أصحاب الفرائض يبدأ بهن كما يبدأ غيرهن فان وسع الفرائض المال والا دخل الفريضة العول فى قول جميع الصحابة الا ما روى عن ابن عباس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فيتعلق بهذا الفصل مسئلتان

احداهما فى بيان من يرث من الرجال والنساء والثانية فى بيان الفريضة المسماة فأما المسئلة الأولى فان من يرث من الرجال عشرة وهم الابن وابن الابن وان سفل والأب والجد وان علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء سبع وهن البنت وبنت الابن وان سفلت والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة * وأما الفرائض المقدرة المذكورة فى كتاب الله عز وجل فستة النصف ونصف النصف وهو الربع ونصف الربع وهو الثمن والثلثان ونصف الثلثين

ذلك بينهم على قدر مواريثهم

وهو الثلث ونصف الثلث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنة و بنت الابن اذا لم تكن بنت والأخت للاب والأم والأخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوج اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والربع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابن والزوجة اذا لم يكن للمتوفى ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والثلثان فرض كل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف وهو كل اثنين فصاعدا من البنات و بنات الابن والأخوات للاب والأم والأخوات للاب (مسئلة) والثلث فرض الأم اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الاخوة أو الأخوات و يفرض فى الغراوين وهما زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للام ثلث ما بقى بعد فرض الزوج أو الزوجة والثلث فرض كل اثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات للام (مسئلة) والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد وفرض الأم مع الاثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات وفرض الجدات وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين وفرض الأخوات للاب مع الأخت للاب والأم تكملة الثلثين وفرض الأخ أو الأخت للام وفرض الجد مع الولد وله فروض مختلفة تذكر فى بابه ان شاء الله

ص ﴿ قال مالك ومنزلة ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون و يحجبون كما يحجبون ﴾ ش وهذا كما قال ان ولد الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنثاهم النصف وللاثنين منهما فما زاد الثلثان وللذكر فما زاد جميع المال وذكرهم يعصب أخته فيكون لهما جميعا المال للذكر مثل حظ الأنثيين فهذا فى الميراث فأما فى الحجب فهم أيضا بمنزلة الولد للصلب فى الحجب وذلك ان حجب الولد و ولد الولد على ضربين حجب هو منع من الميراث جملة وحجب هو رد من فرض الى فرض فأما منع الميراث جملة فان الابن يمنع الميراث ولد الابن والاخوة للاب والأم والاخوات للاب والاخوة للام و يمنع الميراث كل عصبة لا فرض له من الأعمام و بنى العم و بنى الأخ وذلك ان كل من ورث بسبب فانه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب و يسقط من كان أضعف حالا منه فى ذلك السبب وان كان القرب سواء فأما الأول فان الاخ يسقط ولد الأخ وهما يدليان بالاخوة والأخ أقرب من ابن الأخ والأب يسقط الجد لانهما يرثان بالأبوة والأب أقربهما وسيأتى ذكر الجد بعد هذا ان شاء الله تعالى واذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ابن ابن يعصبهن واذا استكمل الاخوات للاب والأم الثلثين سقط الاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن وقد ذكرنا حجب العصبات بعد هذا

(فصل) وأما الحجب عن بعض الفرض وهو الرد من فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن والأم الى السدس والابن أو ابن الابن يرد الأب والجد الى السدس والبنت ترد بنات الابن من الثلثين الى السدس وترد بنت الابن من النصف الى السدس والأخت للاب والأم ترد الاخوات للاب من الثلثين الى السدس والاخوات فما زاد ذكورا كانوا أو اناثا يردان الام من الثلث الى السدس وترد الأخت للاب والام الاخت للاب من النصف الى السدس

ص ﴿ قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان فى ولد الصلب ذكر فانه لا ميراث معه لأحد من ولد الابن وان لم يكن فى الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فأكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الأبناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

* قال مالك ومنزلة ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم يرثون كما يرثون و يحجبون كما يحجبون
* قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان فى الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن فى الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الأنثيين فان لم يفضل شئ فلاشئ لهم وان لم يكن الولد للصلب الا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولا سدس لهن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شئ فان لم يفضل شئ فلاشئ لهم وذلك ان الله قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الاطرف هو الأبعد ﴾ ش وهذا كما قال انه لاميراث لابن الابن مع الابن لانه أقرب سببا منه الى الميت وهما يدليان بالبنوة ولان ابن الابن يدلى بالابن ومن يدلى بعاصب فانه لايرث معه وان عدم الابن وكانت ابنة واحدة فان ابنة الابن ترث معها السدس تكملة الثلثين لانه فرض ابنتين البنتان فازاد بنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك لبنت الابن فهى أولى بالسدس من الأخت الشقيقة وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين الا ماروى عن أبى موسى وسلمان بن ربيعة ان النصف للبنت والنصف الثانى للاخت ولا حق فى ذلك لبنت الابن وقد روى عن أبى موسى مايقتضى الرجوع عن هذا القول وذلك مارواه هذيل بن شرحبيل سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت فقال للبنت النصف وللاخت النصف وائت ابن مسعود فسيتابعنى فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبى موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين أقضى فيها بماقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ومابقى للاخت فأتينا أباموسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لاتسئلونى عن شئ مادام هذا الحبر فيكم والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى ان بنت الابن فى هذه المسئلة ترث بالفرض والاخت ترث بالتعصيب ولاميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض فروضهم (مسئلة) وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر ليس لهن الا السدس يشتركن فيه على السواء فان كان معهن ابن ابن فى درجتهن أو أسفل منهن عصبهن فكان النصف الثانى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين بالغا مابلغ وقال ابن مسعود ينظر فان كان لبنات الابن فى المقاسمة السدس أو أقل من ذلك قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان كانت حصة البنات بالمقاسمة أكثر من السدس فرض لهن السدس ويجعل الباقى لبنى الابن وكذلك يقول فى الاخت لاب وأم وأخوات واخوة لاب وبه قال أبو ثور (مسئلة) فان كن بنات الصلب اثنتين فصاعدا حجبن بنات الابن أن يرثن بالفرض لانه لامدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض فى غير الثلثين فان كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلتهن من الميت أو أبعد منهن عصبهن فورثن معه بالتعصيب مافضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلاشئ لهن الا أن هذا حكم العصبة هذا قول جمهور الصحابة والتابعين وروى عن ابن مسعود انه لايعصبهن ذكر فى درجتهن ولا أسفل منهن وينفرد بالميراث دونهن والدليل على مانقوله ان كل جنس يعصب ذكورهم اناثهم فى جميع المال فانه يعصبهن فيما فضل منه كولد الصلب (مسئلة) وان كان الابن أقرب الى الميت حجبهن عن الميراث لانه أقرب منهن يرث بمثل سببهن من التعصيب كالاخ مع ابن الاخ

(فصل) وقوله وذلك أن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين على سبيل الاحتجاج على صحة ماقاله و بيان موضع ماذكر من أحكام المواريث فى كتاب الله عزوجل

الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وان لم يكن الولد للصلب الا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الابناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولاسدس لهن ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ الانثيين وليس لمن هو أطرف منهم شئ فان لم يفضل شئ فلاشئ لهم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال فى كتابه يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها النصف * قال مالك الأطرف هو الأبعد

﴿ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها ﴾

ص ﴿ قال مالك وميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فان تركت ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها ان لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصي بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن الى الربع وأكمل فروض الزوجة الربع ويردها الولد وولد الابن الى الثمن والأصل في ذلك الآية المتقدمة فان كانت الزوجة واحدة فهذا حكمها وان كن اثنتين أو ثلاثا أو أربعا فحكمهن في ذلك حكم الزوجة الواحدة لهن الربع دون الولد وولد الابن ولهن الثمن مع الولد وولد الابن يقتسمن ذلك على السواء ولا تنقص الزوجة أو الزوجات من الثمن الا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابنتين فان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين وتعول الى سبع وعشرين وتسمى المنبرية وذلك أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسئلة وهو يخطب على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا ومضى في خطبته

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته أنه ان ترك المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا فانه يفرض للأب السدس فريضة فان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ذكرا فانه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب وان لم يفضل عنهم السدس فما فوقه فرض للأب السدس فريضة ﴾ ش وهذا كما قال وذلك أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته يكون على وجهين أحدهما أن ينفرد بالفرض والثاني أن يجمع الفرض والتعصيب وقد قال أبو اسحاق الاسفرايني وبعض أصحاب الشافعي انه ينفرد بالتعصيب فأما موضع انفراده بالفرض فتارة يكون مع من هو أقوى تعصيبا منه كالابن وابن الابن فان هذا يحجب بعصبته ويرد الى مجرد فرضه وهو السدس والثاني أن يعطى فرضه وهو السدس ثم يستغرق أهل الفروض بقية المال فلا يبقى منه مايورث بتعصيب فانه لا يرث الا ما وجب له بالفرض أولا وهو السدس وذلك أن يرث المتوفى ابنتان فأكثر وأبوان فيكون للابنتين الثلثان وللأبوين لكل واحد منهما السدس فلا يبقى من المال بعد ذلك شئ وأما موضع يجمع فيه الميراث بالفرض والتعصيب فهو أن ينفرد بالميراث فيرث سدسه بالفرض وباقيه بالتعصيب أو يبقى منه بعد ميراثه بالفرض وميراث ذوي الفروض بقية فانه يرثها بالتعصيب مثل أن يرث المتوفى أب وزوجة فان للزوجة الربع وللأب السدس بالفرض ويبقى نصف ونصف السدس فيكون له بالتعصيب ص ﴿ وميراث الأم من ولدها اذا توفي ابنها أو ابنتها فترك

قال مالك وميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فان تركت ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها ان لم يترك ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصى بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته انه ان ترك المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا فانه يفرض للأب السدس فريضة فان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ذكرا فانه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب وان لم يفضل عنهم السدس فما فوقه فرض للأب السدس فريضة وميراث الأم من ولدها اذا توفي ابنها أو ابنتها فترك

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا ذكورا كانوا أو اناثا من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا فان للام الثلث كاملا الا فى فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المال والأخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فمضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعدا ﴾ ش وهذا كما قال ان ميراث الأم من ابنها يتنوع بنوعين على مذهب مالك وجمهور الفقهاء أحدهما بالفرض وهو على ضربين الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة فصاعدا فأما مع وجود أحد ممن ذكرنا ففرضها السدس وروى عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث الى السدس الا الثلاثة من الاخوة فصاعدا والدليل على ماذهب اليه الجمهور قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة واقع على الاثنين فزائدا على قولنا ان أقل الجمع اثنان (مسئلة) وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكرا أو أنثى أو كان الأخوان لاب وأم أو لاب أو لام أو مفترقين أحدهما للاب والآخر للام فان كل ذلك يرد الأم من الثلث الى السدس والأصل فى ذلك قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس (مسئلة) ولو أن مجوسيا تزوج ابنته فولد له منها ولدان فأسلمت الأم والولدان ثم مات أحد الولدين ففى العتبية للأم السدس لأن الميت ترك أمه وهى أخته وترك أخاه فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث الى السدس فكأنه ترك أما وأخا وأختا فحجب الأم عن الثلث (فصل) وقوله الا فى فريضتين فقط يريد ان حكم الأم فى الفرض السدس أو الثلث على ما تقدم من ذكرنا لا ترث بغير هذين الفرضين ولا ينقص من واحدة منهما بغير عول الا فى مسئلتين وهما زوج وأبوان وزوجة وأبوان وهما الغراوان فان مالكا وجماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للأم فى المسئلتين ثلث ما بقى وانفرد ابن عباس بان جعل للأم ثلث جميع المال وهذه من المسائل الخمس التى صح انفراد ابن عباس بها والثالثة منع العول والرابعة ان الأم لا تحجب من الثلث الى السدس من الاخوة الا بثلاثة والخامسة انه لا يجعل الاخوات عصبة مع البنات والدليل على مانقوله قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث وهذا عام ومن جهة المعنى ان هذين أبوان دخل بينهما ذو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد السهم أصله اذا كان مع الأبوين بنت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الغراوين تكون على ثلاثة أوجه أحدها رجل توفى وترك زوجة وأبوين فان الفريضة من أربعة للزوج الربع وللأم الربع ثلث ما بقى وللأب النصف والوجه الثانى رجل توفى وترك زوجة وأبوين وأخا فان الفريضة من أربعة على ما تقدم والوجه الثالث امرأة توفيت وتركت زوجا وأبوين فان الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث ما بقى بسهم وهو السدس وللاب الثلث سهمان وهو ثلثا ما بقى وسواء فى هذه المسئلة كان مع الأبوين أخ أو أخوان أو أكثر أو لم يكن أخ وفى المسئلة الاولى اذا كان مع الأبوين اخوان فأكثر ولم يكن أخ فان الفريضة تكون من ستة للام السدس ولا يكون لها ثلث ما بقى لان الأخوين قد حجباها من الثلث الى السدس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولا يجرى الجد فى ذلك مجرى الأب فلو توفى رجل وترك أما

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكرا كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا ذكورا كانوا أو اناثا من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا فان للام الثلث كاملا الا فى فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المال والاخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فمضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعدا

وجداوزوجة لكانت الفريضة أيضا من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة وللأم الثلث أربعة وما بقي للجد ولو ترك أبا وجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة وللجدة السدس سهمان والباقي للاب ولو توفيت امرأة وتركت زوجا وأما وجدا لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللام الثلث سهمان وللجد سهم ولو توفيت امرأة وتركت زوجا وأبا وجدة لكانت الفريضة من اثني عشر للزوج النصف ثلاثة أسهم وللجدة السدس وللاب ما بقي والله أعلم

(فصل) وقوله فقضت السنة ان الاخوة اثنان فصاعدا يريد ان الاخوة في قول الله عز وجل فان كان له اخوة فلأمه السدس يتناول لفظ الاخوة الاخوين فصاعدا فأما على ما ذكر القاضي أبو بكر من مذهب مالك ان أقل الجمع اثنان فان لفظ الاخوة يتناول الاثنين فما زاد لغة وشرعا فاذا قلنا ان أقل الجمع ثلاثة فان هذا الحكم يثبت في الاثنين بالقياس اذ كل حكم يتغير بالاخوة فانه يتغير بالاثنين منهم كتغير فرض الاخوة للأم من الثلث الى السدس وقد روي عن ابن عباس انه قال لعثمان أليس الاخوان باخوة في لسان قومك فقال عثمان لا أستطيع أن أغير أمرا قد مضى وهذا يقتضي انه في بعض اللغات دون بعض الآن من مضى أخذ في ذلك باللغة التي يتناول فيها لفظ الاخوة للاخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابن ذكرانا كانوا أو اناثا شيأ ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيأ وأنهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكرا كان أو أنثى فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فكان الذكر والأنثى في هذا بمنزلة واحدة ﴾

ش وهذا كما قال ان الاخوة للأم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم واناثهم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الام والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب لانهم يستفيدون ذلك من الام وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك الا بالعول وفرض الاثنين فما زاد الثلث ذكورهم واناثهم في ذلك كله سواء والاصل في ذلك قول الله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ومعناه عندنا ان يورث بغير أبوين ولا مولودين ثم قال عز من قائل وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فساوى في ذلك بين الاخ والاخت ثم قال تبارك اسمه فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فوجب أن يرجع الضمير الى الذكور والاناث وذلك يقتضي تساويهم في الثلث لان ذلك لفظ ظاهر الاشتراك في الثلث وأيضا فانه لما استوى ذكرهم وأنثاهم عند الانفراد بالسواء استوى عند الاشتراك في الثلث والله أعلم (فرع) وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن محمد الفرضي في صبي يموت وله أم متزوجة فانه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين ان بها حملا لمكان الميراث لانها ان كانت حاملا ورث ذلك الحمل أخاه لامه الميت وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقل من ستة أشهر ورث أخاه وان وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه لانه عزل عنها فلا يؤمن أن يطرقها ويتسورعليها وهذا اذا لم

﴿ ميراث الاخوة للأم ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابناء ذكرانا كانوا أو اناثا شيأ ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيأ وانهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكرا كان أو انثى فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فكان الذكر والانثى في هذا بمنزلة واحدة

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والأم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الابن الذكر شيأ ولا مع الأب دنيا شيأ وهم يرثون مع البنات وبنات الابناء مالم يترك المتوفى جدا أبا أب ما فضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أواناثا للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم وان لم يترك المتوفى أباولا جدا أبا أب ولا ولدا ولا ولد ابن ذكرا كان أو انثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فما فوق ذلك من الاخوات للاب والأم فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الاخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فما فضل بعد ذلك من شئ كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شئ فاشتركوا فيها مع بنى الام فى ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لامها وأبيها فكان لزوجها النصف ولامها السدس ولاخوتها لامها الثلث فلم يفضل شئ بعد ذلك فيشترك بنو الاب والام فى هذه

يكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وان وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول اليها فانه يرث أخاه وان ولدلأكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للأم والأب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والأم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الابن الذكر شيأ ولا مع الأب دنيا شيأ وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء مالم يترك المتوفى جدا أبا أب ما فضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أواناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب والأم لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الأب شيأ وذلك انهم انما يرثون بالتعصيب ويدلون بالأب فلا يرثون معه بالتعصيب وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة بدليل ان تعصيب الابن يبطل ميراث الأب بالتعصيب فاذا كان للأخ لا يرث مع الأب فبأن لا يرث مع الابن الذى هو أقوى تعصيبا منه أولى واناث الأخوات وان كن يرثن بالفرض الا انهن لا يدلين الا بما يدلى به ذكورهم فاذا كان ذكورهم يحجبون بالأب والابن وابن الابن فبأن يحجب به اناثهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن مالم يترك المتوفى أبا أب ما فضل من المال يكونون عصبة يريد اذا لم يكن فى الورثة أحد ممن ذكرنا انه يحجبهم ولم يكن فيهم جد يقاسمهم كانوا عصبة يرثون ما فضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن وهو نصف المال أو ما فضل عن الاثنين فزائدا أو على بنتى ابن أو عن بنت وبنت ابن وهو الثلث وان كان الاخوة ذكرانا فهذا الفضل بينهم على السواء وان كانوا ذكرانا واناثا فهو بينهم للرجل مثل حظ الانثيين لقوله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ولانهم رجال ونساء فى قعدد يرثون بالتعصيب فكان للذكر مثل حظ الانثيين كالبنين (مسئلة) فان كن اناثا وكانت ابنة أو ابنتان فان الأخوات عصبة لمن يرثن معهن ما فضل عن سهام ذوى الفروض هذا قول الجمهور وقال ابن عباس لا يعصب الأخوات البنات والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور حديث ابن مسعود المتقدم ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى للابنة بالنصف ولابنة الابن بالسدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت ودليلنا من جهة القياس ان هذا ميراث فلم ينفرد به ابن العم دون الأخت أصل ذلك اذا انفرد ص ﴿ وان لم يترك المتوفى أبا ولا جدا أبا أب ولا ولدا ولا ولد ابن ذكرا كان أو أنثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والأم النصف فان كانتا اثنتين فما فوق ذلك من الأخوات للاب والأم فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فما فضل بعد ذلك من شئ كان بين الاخوة للاب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين الا فى فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شئ فاشتركوا فيها مع بنى الأم فى ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لامها وأبيها فكان لزوجها النصف ولأمها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شئ بعد ذلك فيشترك بنو الأب والأم فى هذه

الفريضة مع بني الأم في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الأنثى من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لأمه وانما ورثوا بالأم وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة المتوفى لأمه ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا كان مع الأخوات أخ فانهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض ولا يرثن بالفرض لان حكم التعصيب قد غلب عليهن فصار ذلك حكمهن ولا خلاف في ذلك الا في المسئلة التي ذكرها وهي المسئلة التي تسمى المشتركة لتشريك الاخوة للاب والأم مع الاخوة للام في الثلث وتسمى الحمارية لان الاخوة للاب والأم قالوا هب ان أبانا كان حمارا على وجه الاخبار عن تساوي الاخوة للاب والام والاخوة للام في الأولى بالام وهذا مذهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للاخوة للام دون الاخوة للاب والأم حين لم تبق لهم الفرائض شيأ واختلف في ذلك عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وقال عمر حين قضى في العام الأول فلم يشرك وقضى في العام الثاني فشرك تلك على ما قضيناه وهذه على ما قضينا وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة الا عن علي فانه لم يختلف عنه انه لم يشرك بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية قال مالك فلذلك شوركوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة للمتوفى لأمه وهو سبب ميراث جميع الاخوة لا يخرج الاخوة للاب والأم مناسبتهم المتوفى بالأب عن أن يكونوا اخوته لامه فتحمل الآية على عمومها في كل أخ لام سواء كان أخا لاب أو لم يكن والاب لا يزيد بسببه ما ضعفا بل يزيده قوة وتأكيدا ومن جهة القياس ان هذه فريضة فيها اخوة لام واخوة لاب وأم لو انفرد أحدهما ورث فاذا ورث الاخ من الام وجب أن يترك الاخ من الاب والام أصل ذلك اذا لم يكن في الفريضة أم وعندي ان نفي التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشركة لا تصح الا بأربعة شروط أن يكون فيها زوج وابنان من ولد الأم وأخ لاب وأم وتكون معهم أم أو جدة فان خرم شرط من هذه الاربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بني الأب والأم كمنزلة الاخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم الا أنهم لا يشركون مع بني الأم في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والأم لانهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أولئك ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب عند عدم الاخوة للاب والأم بمنزلتهم في الميراث والحجب يحيط ذكرهم بجميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض وأنثاهم لها النصف وللاثنتين فازاد الثلثان الا انهم لا يكون حكمهم في المسئلة المشتركة حكم الاخوة للاب والأم لانهم لا يشركون الاخوة للام لانهم لا يدلون بمثل سببهم ص ﴿ قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فكان في بني الأب والأم ذكر فلا ميراث لاحد من بني الأب وان لم يكن بنو الأب والأم الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهن فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والأم النصف ويفرض للاخوات للاب السدس تتمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

الفريضة مع بني الام في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الانثى من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لامه وانما ورثوا بالام وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم اخوة المتوفى لامه

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بني الاب والام كمنزلة الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم الا أنهم لا يشركون مع بني الام في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والام لأنهم خرجوا من ولادة الام التي جمعت أولئك قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فكان في بني الأب والام ذكر فلا ميراث لأحد من بني الاب وان لم يكن بنو الاب والام الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهن فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض للاخوات للاب السدس تتمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم فان كان الاخوة للاب والأم امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الأنثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان الأخ للاب والأم يحجب الاخوة للاب جملة وأما الاخت للام والأب فانها تحجبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهم السدس تكملة الثلثين لانه فرض الأخوات للاب والأم والأخوات للاب فاذا حجبتهم الأخت للاب والأم عن النصف بقى لهن السدس تكملة الثلثين والواحدة والجماعة فيها سواء فاذا كان الأخوات للاب والام اثنتين فزائدا لحجبن ميراث الاخوات للاب من الفرض جملة لانهن قد استكملن الثلثين الذى هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الاخت للاب والأم أو الاخوات أخ لاب ورث الباقى بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت عصبها فورثت معه الباقى عن فرض الاخت أو الاخوات بالتعصيب وليس فى الرجال من يعصب أخته غير الاخ للاب والأم والأخ للاب والابن وابن الابن وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن ص ﴿ قال مالك ولبنى الام مع بنى الاب والأم ومع بنى الأب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الأنثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للام يرثون مع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب لانهم من أهل الفروض فوجب تقديمهم فى الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم وانما يدلون بمثل قربهم ولا يلزم على هذا الجد مع الأب لان الجد يدلى به ولا يلزم عليه الاخت مع الأب لانها تدلى به ولا يلزم عليه الاخ للاب مع الاب لانه لا يدلى بمثل قرابته لان الاب يدلى بالابوة والاخ يدلى بالاخوة ولا يلزم عليه الاخت للاب مع الاخ للاب والام لان الاخ يعصبها ثم يكون أولى منها القرابته بالام وأما الاخ للام فانه لا يرث الا بالفرض

﴿ ميراث الجد ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن معاوية بن أبى سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألنى عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعنى الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث ﴾ ش قوله ان معاوية كتب الى زيد يسأله عن الجد كلام محتمل لان فى الجد مسائل كثيرة فى المواريث وغيرها الا انه استجاز حذف السؤال لما فى الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألنى عن الجد والله أعلم رد العلم الى الله تبارك وتعالى واعتراف بأن طريق اثبات حكمه الاجتهاد وغلبة الظن دون القطع وذلك انه لم يسمع من النبى صلى الله عليه وسلم نصا يقع له به العلم ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر وقوله وذلك مما لم يقض فيه الا الامراء يعنى بخبر صحيح من خبر الآحاد يتضمن حكمه وانه لم يتقدمهم فيه حكم عن النبى صلى الله عليه وسلم يكون حكمهم فيه اتباعا له ثم أخبره بما عنده فى ذلك من العمل الذى يرجع الى مثله من قضاء أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وذلك بعد المشاورة فيه والمراجعة واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتغليبه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت فى ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبى بكر وعمر

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فا كثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شئ فلا شئ لهم * قال مالك ولبنى الام مع بنى الأب والام ومع بنى الأب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء

﴿ ميراث الجد ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه أن معاوية بن أبى سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألنى عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعنى الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك فيعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث

و جماعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الاب وحجبوا به الاخوة و به قال أبو حنيفة و روى عن عمر الرجوع فى ذلك قال الشعبي أول جد ورث فى الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار عليا وزيدا فى ذلك فمثلاله مثلا فقال لولا ان رأيكما اجتمع ما رأيت أن يكون ابنى ولا أكون أباه وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد الاخوة الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فيفرضانه له فان كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الاوفر من المقاسمة أو ثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال و به قال الاوزاعى ومالك والشافعى والثورى والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفرق بين أن يكون فيهم جد ولا يكون فيهم جد فان قيل انما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا فالجواب انه ليس معنى قوله مفروضا مقدرا وانما معناه واجب وثابت والاخوة مع الجد لهم سهم ثابت ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذكر يعصب اخته فلم يحجبه الجد عن جميع الميراث كالابن (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجد يسقط بنى الاخوة من الميراث هذا قول الجمهور الا ما روى عن الشعبي عن على رضى الله عنه انه أجرى بنى الاخوة مع الجد فى المقاسمة مجرى الاخوة ولا نعلم أحدا من الصحابة قال به غيره والدليل على صحة ما نقوله ان هذا ذكر لا يعصب اخته فلم يقاسم الجد كالعم وابن العم

ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض للجد الذى يفرض الناس له اليوم﴾ ش يحتاج فى معرفته الى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة ابن ذؤيب ومعنى ذلك والله أعلم ما تقدم من قول زيد فيه لان قبيصة مدنى وقال ذلك بالمدينة و بقول زيد كان حكم أهل المدينة فى ذلك والله أعلم وسيأتى بعد هذا ان شاء الله عز وجل ذكر الجد وميراثه وذكر اختلاف الناس فيه ص ﴿ مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث ﴾ ش قوله انهم فرضوا للجد مع الاخوة الثلث يحتمل وجهين أحدهما أن يريد انهم قدروا له تقديرا لا ينقص منه وان جاز أن يزاد عليه فيكون يرث بالفرض مع الاخوة الثلث وان حصل أكثر من ذلك فبالتعصيب مع الفرض أو بالانتقال من الفرض الى التعصيب والوجه الثانى أن يريد بذلك انهم أوجبوا له الثلث وذلك ان الجد يقاسم الاخوة للاب والام أو للاب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث أوجبوا له الثلث فاذا كان مع الاخوين فالفرض والمقاسمة سواء واذا كان مع ثلاثة من الاخوة فالفرض أفضل له من المقاسمة فيعطى الثلث وان كان مع أخ واحد فالمقاسمة أفضل لان النصف يحصل له فيعطى النصف هذا مذهب زيد فيه قاله مالك والاوزاعى والشافعى وروى عن ابن مسعود مثل ذلك وروى عنه انه قاسم الاخوة بالجد الى سبعة والى ثمانية وروى عن عمران بن حصين وأبى موسى انهما قاسما الى اثنى عشر والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان الاخوة للام يستحقون مع الاخوة للاب والام ومع الاخوة للاب الثلث والجد يحجب الاخوة للام عن ذلك الثلث فكان أولى به من الاخوة للاب والام والاخوة للاب وهو يشاركهم فيما زاد والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجد يرث الثلث مع الاخوة بالفرض وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب فلذلك لا ينقص من الثلث وثبت له بذلك حالة من حالات الأب يرث بالفرض السدس وسائر المال بالتعصيب فان قيل كيف يكون فرضه الثلث وهو انما يستفيد ذلك من الأب والأب فرضه السدس فالجواب ان الأب فرضه السدس مع الابن

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب فرض للجد الذى يفرض الناس له اليوم * وحدثنى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجد أبا الأب لايرث مع الاب دنيا شيأ وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك مالم يترك المتوفى أخا أو اختا لابيه يبدأ بالجدان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة * قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقى بعد ذلك للجد والاخوة من شئ فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقى له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقى بعد ذلك للاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة تكون قسمتهم فيها على غير ذلك

وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأختها لامها وأبيها وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت للام والاب النصف ثم يجمع سدس الجد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للجد ثلثاه وللاخت ثلثه

وابن الابن ومع ذى الفروض وهذه حال الجد وأما الاخوة فان الأب يسقطهم جملة فلا يرثون معه ويفرض للجد معهم الثلث فكانت حاله أضعف من حال الأب الذى يسقطهم رأسا ولا يمتنع أن يكون له فرضين يرث بهما الثلث مع الاخوة والسدس مع ذوى الفروض كالأم ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجد أبا الأب لايرث مع الأب دنيا شيأ وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك مالم يترك المتوفى أخا أو أختا لابيه يبدأ بالجدان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة ﴾ ش وهذا كما قال ان الجد يحجبه الأب ويرده الابن وابن الابن الى أقل فرضه وهو السدس وكذلك مع ذوى الفروض المستغرقة للمال أو المستغرقة لخمسة أسداسه فان فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس فهو له بالتعصيب ان لم يكن له اخوة يقاسمونه فعلى ماذكرناه بعد هذا ص ﴿ قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقى بعد ذلك للجد والاخوة من شئ فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقى له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقى بعد ذلك للاخوة للاب والأم للذكر مثل حظ الانثيين الا فى فريضة واحدة يكون قسمتهم فيها على غير ذلك وتلك الفريضة امرأة توفيت فتركت زوجها وأمها وأختها لامها وأبيها وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت للاب والأم النصف ثم يجمع سدس الجد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للجد ثلثاه وللاخت ثلثه ﴾ ش وقوله فى الاخوة والجد اذا شاركهم أحد من أهل الفروض انه يبدأ بأهل الفروض انما يريد فيما يقاسم فيه الجد الاخوة بالتعصيب وأما فى فرضه الذى هو السدس فانه يبدأ به أيضا وان لم يبق شئ فان الجد لا ينقص من السدس ولا يقدم عليه فى ذلك السدس أحد من أهل الفروض وهم البنت وما زاد على ذلك من البنات والزوج والزوجة والأم والجدة فان بقى شئ بعد ذلك نظرنا للجد أفضل ثلاثة أحوال أحدها السدس من جميع التركة الذى هو فرضه مع أهل الفروض وهو أقل فرضه والثانى ثلث ما بقى له وللاخوة لأن ذلك فرضه مع الاخوة فاذا أضيف سدسه الى ما فضل عن سهام ذوى الفروض وكان ثلث ذلك أكثر من سدس جميع التركة أعطيه لان نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيهما أحد غير الاخوة فصار ذلك بمنزلة تركة انفرد معهم فيها فكان له ثلثها والثالث مقاسمة الاخوة فان كان ما أعطيه بالمقاسمة زائدا على الفرضين المتقدمين أخذه بالتعصيب وان لم يفضل شئ رجع الى الفرض وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله وما كان بعد ذلك للاخوة للاب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين الا فى فريضة واحدة وذكرها الى آخر الفصل يريد ان المقاسمة اذا كانت أضر على الجد أعطى الثلث أو السدس فان ما فضل بعد ذلك يكون بين الاخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين والمسئلة التى استثناها هى امرأة توفيت وتركت أما وزوجا وجدا وأختا لأب وأم فان المشهور عن زيد انه قال أصلها من ستة وتعول الى تسعة يفرض للاخت النصف بثلاثة وللزوج النصف بثلاثة وللام الثلث بسهمين

وللجد السدس بسهم وبهذا قال مالك وروى عن الشعبي أنه قال سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد في ذلك فقال والله ما فعل زيد ذلك وهو من أعلمهم بقضاء زيد يعني ان أصحاب زيد قاسوا على قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد فقياس قوله أن يكون للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وتسقط الاخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد لانهما عنده مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد أن حال الجد مع الاخوة يتنوع على حالين أحدهما يرث بالفرض والثاني بالتعصيب فيجب أن يكون ذلك حال الاخوات معه فيكون تارة يعصبهن وتارة لا يعصبهن ويجب أن يكون موضع لا يعصبهن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن فلا يتعدى تعصيبه اليهن واذا كن أختين وبقي من الميراث ما يكون لهن ووقعت المقاسمة بينهن وبين الجد تعدى تعصيبه اليهن فلم تعل فريضتهن وهذه المسئلة يسميها أصحابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء وقال أبو غالب خباب ابن عبادة لا ترث الأخت مع جد الا في هذه المسئلة فسميت الغراء وهي الاكدرية أيضا وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الاكدرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له الأكدر فأخطأ فنسبت اليه وقال سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف عليّ وزيد في هذه الفريضة فقال عليّ لكل واحد منهم ما أوجبت له الفريضة وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد فيقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين وبهذا قال مالك ووجه ذلك أن الأخت انما انتقلت الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبها فاما عيل لها وصار لها سهم رجع الى تفضيلها (فرع) ولا تعال فريضة الأخت مع جد الا في هذه المسئلة خاصة ولو كان فيها أختان لبطل العول وذلك بان يترك المتوفى زوجا وأما وجدا وأختين لأب وأم أو لأب فان للزوج النصف ثلاثة أسهم وللام السدس سهم وللجد السدس سهم لانه أفضل له من ثلث ما بقي وهو مثل المقاسمة وللاختين السدس لان الجد يعصبهم فيصيرون معه كالاختين مع الأخ والفرق بين هذه المسئلة وبين الاكدرية ما قدمناه من الاخوات لما ورثن في هذه المسئلة من نفس المال تعدى تعصيب الجد اليهن بنفس الفرض وليس كذلك في المسئلة الاكدرية فانه لم تبق الفرائض للاخت شيأ فلم يتعد تعصيب الجد اليها فوجب ردها الى الفرض حين لم يعصبها الجد (مسئلة) فان أحاط بالميراث أم وأخت وجد فعلى مذهب زيد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وهذه المسئلة تسمى الخرقاء وروى عن عمر وابن مسعود للاخت النصف وللام ثلث ما بقي وما بقي للجد وروى عن عبد الله أنه قال للاخت النصف وللام والجد الباقي بنصفين وهذه من مربعات عبد الله وروى عن عثمان انه قال للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وهي تسمى مثلثة عثمان وقال عليّ للام الثلث وللاخت النصف والباقي للجد ووجه قول زيد أن للام الثلث لأنه فرضها مع الاخ الواحد والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين لانه اذا ورثت معه عصبها فصار كالاخ معها والله أعلم (مسئلة) فان كان مع الجد والاخوة بنت أو بنات فان عليا يجعل للجد السدس بالفرض ويجعل التعصيب للاخوة والاخوات وزيد وعبد الله يقاسمان الجد بالاخوة الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فانهم يفرضانه له وذلك في بنت وأخت وجد ففي قول عليّ للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت الا أن زيدا يجمع حظ الاخت والجد فيقسمانه للذكر مثل حظ الانثيين ووجه ذلك انهما يرثان بالتعصيب لان الاخوة انما ترث مع البنات بالتعصيب فوجب أن

يقتسما للذكر مثل حظ الانثيين كالاخوة والاخوات ص ﴿ قال مالك وميراث الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لأب كميراث الاخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فان الاخوة للاب والأم يعادّون الجد باخوتهم لأبيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادّونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد فما حصل للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة مع الأب والأم دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شئ الا أن يكون الاخوة للاب والأم امرأة واحدة فان كانت امرأة واحدة فانها تعادّ الجد باخوتها لأبيها ما كانوا فما حصل لهم ولها من شئ كان لها دونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وفريضتها النصف من رأس المال كله فان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان حال الاخوة للاب مع الجد عند عدم الأب والام كحال الاخوة للاب والأم ذكر الاخوة للاب كذكر الاخوة للاب والأم وأنثاهم كأنثاهم ووجه ذلك ان حالهم في انفراد الذكور أو انفراد الاناث أو اجتماع الذكور والاناث كحالهم فوجب أن يكون حالهم كحالهم الا أن يكون هناك من يحجبهم

(فصل) وقوله فاذا اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فان الاخوة للاب والأم يعادون الجد باخوتهم لابيهم فيمنعونه كثرة الميراث فما أصاب الاخوة للاب والأم والاخوة للاب لمقاسمة الجد فان جميعه للاخوة للاب والأم دون الاخوة للاب هذا مذهب زيد وبه قال مالك وقال علي وابن مسعود يقسمان المال بين الجد والاخوة للاب والأم دون أن يعاد بالاخوة للاب وذلك في جد وأخ لأب وأم وأخ لاب ففي قول علي وعبد الله للجد النصف وللاخ للاب والام النصف وفي قول زيد المال بين الجد والأخ للاب والأم والأخ للاب أثلاثا ثم يرد الأخ للاب على الأخ للاب والأم سهمه فيصير للجد الثلث وللاخ للاب والأم الثلثان ووجه هذا القول ان الأخ للاب لا يحجبه الجد وانما يحجبه من يقاسم الجد فوجب أن يحتسب به عليه وينقص الجد به من موروثه كالاخوة مع الأب والأم لما لم تحجبهم الأم ويحجبهم الأب فانه يحتسب بهم على الأم ويردها بهم من الثلث الى السدس

(فصل) وقوله ولا يعادونه بالاخوة للام لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال للجد كله يريد أن الاخوة للاب والأم لا يحتسبون على الجد بالاخوة للام ووجه ذلك ما احتجوا به من أن الجد يحجبهم عن الميراث فلذلك لم يعاد بهم ولم يدخلوا عليه نقصا وليس كذلك الاخوة للاب فان الجد لا يحجبهم فجاز أن يدخلوا نقصا عليه ووجه آخر وهو أن الاخوة للام لا يرثون الا بالفرض والمقاسمة تقتضي التعصيب فلا يجوز أن يستجر به الفروض

(فصل) وقوله الا أن يكون الاخوة للاب وللام امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لابيها ثم يكون أحق بذلك حتى تستكمل فريضتها وهو نصف جميع المال فان فضل شئ كان لاخوتها لابيها هذا مذهب زيد واليه ذهب مالك وكان علي يفرض للاخت للاب والأم النصف ويجعل الباقي بين الجد والاخوة للاب ما لم تنقص المقاسمة الجد من السدس فان نقص فرض له السدس وكان ابن مسعود يسقط الاخوة للاب مع الجد والاخت للاب والام وذلك في أخت لاب وأم وأخ لاب وجد ففي قول علي للاخت النصف والباقي بين الجد والاخ للاب بنصفين تصح المسئلة من أربعة وفي قول ابن مسعود للاخت النصف وللجد النصف تصح المسئلة من اثنين وفي قول زيد للاخت والاخ ثلاثة

* قال مالك وميراث الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لاب كميراث الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادون الجد باخوتهم لابيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد فما حصل للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة من الاب والام دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شئ الا أن يكون الاخوة للاب والام امرأة واحدة فان كانت امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لأبيها ما كانوا فما حصل لهم ولها من شئ كان لها دونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وفريضتها النصف من رأس المال كله فان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ فلا شئ لهم

سهام من خمسة وللجد سهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجد أربعة وللاخت خمسة وللاخ سهم وجه ماقاله زيد ان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجد بالاخوة للاب كحالة انفرادهم معه ووجه آخر أن الاخت لما كانت تعاد الجد بالاخوة وجب أن تعاد بهم على وجه التعصيب لانهم لا يرثان الا على وجه التعصيب فاذا انفردت معه في القسمة رجعت الى الفرض لان هذا حكم مقاسمتها له وحكم مقاسمتها يخالف حكم مقاسمتها به وهذا كما يقول في الاب والام والاخوة ان حكم حجب الاب للاخوة مخالف لحكم حجبه بهم الام من الثلث الى السدس (مسئلة) فان كان مع الاخت للاب والام أخوات لاب فان عليا وعبد الله يجعلان النصف للاخت للاب والام والسدس للاخت للاب والباقي للجد وزيد يجعل للجد الافضل من المقاسمة أو الثلث ثم يجعل للاخت للاب والام النصف فان فضل شئ كان للاخوات للاب وان لم يفضل شئ فلا شئ لهن (مسئلة) فان كان جد وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب ففي قول زيد الثلث للجد والثلثان بين الاخت للاب والام والأخ والأخت للاب ثم تأخذ الأخت للاب والأم من ذلك النصف فيبقى السدس للاخ والاخت للاب للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شئ وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيأ ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ﴾ ش وقوله جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله ميراثها يحتمل أن يريد تسأله الحكم لها ويحتمل أن يريد تسأله بمعنى تستفتيه في مسئلتها وقوله مالك في كتاب الله شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ اخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة في حكمها لانهما المقدمان في طلب الأحكام وقوله فارجعي حتى أسأل الناس يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجويزه في أن يكون عندهم في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مالم يحضره وهذا من تحفظه وتوقيه أن لا يعمل نظره واجتهاده وقياسه وان عدم النص حتى يطلبه حيث رجوعه من الناس وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه ويبحث في طلبه وهذه سنة في مشاورة العالم العلماء طلبا للنص ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بآرائهم ونظرهم لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب ما يفعله العالم اذا أراد الفتيا بحضرة العلماء أن الحاكم اذا أراد انفاذ الحكومة فمن الحزم له والتناهي في الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم فربما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر اليه ما يقوى في ظنه صحة ماظهر اليه اذا وقف على جميع ماظهر اليهم ورأى ما عنده أفضل ورأى اعتراضهم على ما عنده غير صحيح أو تسليمهم لقوله واقرارهم صحته والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الجدة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عثمان ابن اسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الانصاري فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شئ وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيأ ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس قول مجمل الا ان يكون معناه فرض للوارثة من الجدات اذا لم تحجب السدس فرضا لا زيادة عليه ولا ينقص منه الا بالعول فيكون ذلك عاما فى الجدات الا ما خصه الدليل وذلك بان سأل أبو بكر عن الجدة فأجابه بذلك المغيرة ويكون معنى أعطاها السدس أى فرض لها السدس ويحتمل أن يكون أبو بكر انما سأل عن الجدة التى عادت تسأله من عرف حالها وأى الجدات هى فقال المغيرة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس يعنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد هذا وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك يحتمل أن يريد ان الجدة التى كانت بسبب سؤال أبى بكر الناس أو بسبب قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للجدات بالسدس غير المرأة التى أتت عمر بعد ذلك ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات وقد روى ابن وهب من طريق ليس بالقوى ان الجدة التى أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس هى أم الأم قال فلذلك اذا كانت هى أقرب حازته وان كانت هى أبعد شاركت فيه واما التى ورث أبو بكر فلما كان عمر جاءته هى الجدة أم الأب فقال لها ما أجد لك فى كتاب الله عز وجل شيأ وسأل الناس قال فلم أجد أحدا يخبرنى بشئ فقال غلام من بنى حارثة لم لا تورثها يا أمير المؤمنين وهى لو تركت الدنيا وما فيها ورثها وهذه لو تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنتها فورثها عمر وقال ان الله تعالى ليجعل فى الجدات خيرا كثيرا ثم ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة

(فصل) وقول أبى بكر للمغيرة لما أخبره بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك هل معك غيرك على معنى التثبت وطلب تقوية غلبة الظن لا على معنى رد حديثه لأن المغيرة من فضلاء الصحابة وفقهائهم فلا يرد حديث مثله ولو لم يوجد معه غيره لأمضاه أبو بكر ولكنه طلب رواية غيره فى ذلك ليعلم الاتفاق عليها لأن ذلك أبعد من السهو والغلط وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل ومن هذا قلنا انه يرجح فى الروايات بكثرة العدد فلما قال محمد بن مسلمة مثل ما قال المغيرة اتضح الأمر عنده وتناهى فيه اجتهاده لاخبار فاضلين من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فى ملأ من الصحابة استدعاهم فى هذه القضية فلم يأت أحد منهم بخلافها فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه

(فصل) وقوله ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه تسأله ميراثها يقتضى انهما جدتان وارثتان ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم جاءت جدة ثانية فأما هذا اللفظ بالتعريف فان ظاهره أن لا يستعمل الا فى الاثنين ووجه ذلك ان الألف واللام تقتضى التعريف فلو كان معها من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون ذلك معرفة والى هذا ذهب مالك انه لا يرث من الجدات الا اثنتان أم الأم وأم الاب وأمهاتهما وان علون وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وروى عن الشافعى انه يرث من الجدات ثلاث الجدتان المتقدمتان وأم أبى الاب وهو قول ابن مسعود وبه قال أبو حنيفة والاوزاعى وروى عن ابن عباس توريث أربع جدات المتقدمات وأم أبى الام وبه قال ابن سيرين وعطاء والدليل على منع توريث أم أبى الاب وأم أبى الام ما روى عن عمر فى هذا الحديث للجدة الاخرى وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها فجعله لهما عند اجتماعهما وان لم يوجد فى الفريضة الا احداهما فهو لها دون غيرها من الجدات وأبو حنيفة يجعله لها ولأم أبى الاب واذا انفردت به احداهما لم يكن لها ولان أم أب الاب تشاركها فيه وهذا قول عمر

بحضرة الصحابة ولم ينكره عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جدة تدلى بالجد فلم ترث كالجدة أم أبي الاب واستدلال في المسئلة وهو ان جنبة الام في الجدات أقوى من جنبة الاب بدليل أن الام تسقط الجدات أجمع والاب لا يسقط الجدة أم الام ثم ثبت وتقرر انه لا يرث من جنبة الام غير جدة واحدة فبان لا ترث من جنبة الاب غير جدة واحدة أولى

(فصل) وقوله وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وما أنا بزائد في الفرائض شيأ يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وما أنا بزائد في الفرائض شيأ يريد انه لا يفرض للجدات سدسا غير السدس الذى فرضه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولكنه السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انما هو السدس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفرد به النساء فصح الانفراد به والاشتراك فيه كربع الزوجات أو ثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعتما فهو بينكما يقتضى ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورث منهن جماعة لقال فان اجتمعتن فيه فهو بينكن وأيتكن خلت به فهو لها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل من الانصار أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما ﴾ ش قوله أتت الجدتان الى أبي بكر يريد أم الام وأم الاب ويحتمل أن يكونا أتيا في موروث واحد وفي موروثين فأراد أبو بكر أن يجعل الموروث لام الام ولعله حمل حديث المغيرة وابن مسلمة أو فهم انها المراد به من قولهما فعارضه رجل من الانصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس ومن يوجد عنده العلم في الاحكام بان الجدة أم الاب لها في ذلك حق وآكد لسببها ووجه الموارثة بينها وبين المتوفى بانه يرثها وبيان ذلك ان قرابة الجدة قرابة يثبت بها التوارث فاذا كانت هذه القرابة ترث من لا يرثها المتوفى فبان ترث بها من يرثها المتوفى أولى وأحرى ولا يلزم هذه العمة والخالة لان تلك قرابة لا يورث بمثلها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد انه سوى بينهما فيه فجعله لهما على السواء ولم ير الجدة أم الاب أولى به من الجدة أم الام لما ذكره الأنصارى وأما رأى أبي بكر أن سبب أم الأم أقوى من وجه آخر وهو انها تدلى بالأمومة وجنبتها في ميراث الجد أقوى من جنبة الأب لانها تدلى بمثل سببها كالجد للاب جنبته أقوى في الميراث من جنبة الأم لان الجد للاب يدلى بمثل سبب الأب ص ﴿ مالك عن عبد ربه بن سعيد ان أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين ﴾ ش قوله كان لا يفرض الا للجدتين يريد أم الام وأم الاب وأمهاتهما واحدة وانه لا يفرض لجدة غيرهما وقد روى عن على وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة وقد تقدم من الكلام في ذلك ما يغنى عن اعادته وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجدة أم الام لا ترث مع الام دنية شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الأب لا ترث مع الأم ولا مع الأب شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أم ولا أب قال مالك فانى سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الاب أقعدهما أو كانتا في القعدد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين ﴾ ش قوله ان

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل من الانصار أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * وحدثنى عن مالك عن عبد ربه ابن سعيد أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدة أم الام لا ترث مع الام دنية شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وأن الجدة أم الاب لا ترث مع الام ولا مع الاب شيأ وهى فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أب ولا أم قال مالك فانى سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الأب أقعدهما أو كانتا فى القعدد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين

الجدة أم الام لا ترث مع الأم شيأ قول متفق عليه لا اختلاف فيه لانها تدلى بالام وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأما الجدة أم الاب فهي أيضا محجوبة بالام لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها والام أقرب قرابة منها فوجب أن تحجبها والاب يحجب الجدة للاب خلافا لما روى عن ابن مسعود ووجه ذلك انها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجد أو انها وارثة تدلى بعاصب فوجب أن يحجبها العاصب كالعم والجد ولا يحجب الجدة للام لانه لا تدلى به ولا ترث بمثل سببه لانها ترث بالامومة وهو يرث بالابوة فلم يحجبها كما تحجب الام

(فصل) فاذا اجتمعت الجدتان أم الام وأم الاب ولم يكن من الابوين من يحجبهما أو احداهما فان كانتا في قعدد واحد فالسدس بينهما على السواء على حسب ما تقدم وان كانت احداهما أقرب فان كانت القربى من جهة الام بدرجة أو درجات حجبت البعدى وبهذا قال زيد وعلى وجمهور التابعين وروى النخعي والشعبي عن ابن مسعود انه قال السدس للقربى والبعدى اذا كانتا من جهتين مختلفتين فان كانتا من جهة واحدة فالسدس لاقربهن والدليل على ما قدمناه من أن الام تحجب أم الاب فكذلك أم الاب تحجب أم أم الاب (مسئلة) فان كانت القربى من جهة الاب بدرجة أو درجات فالسدس بينهما وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب عن زيد وبه قال مالك وهي احدى الروايتين عن الشافعي وروى عن على انه يجعل السدس للقربى وهي رواية النخعي والشعبي عن زيد وبه قال أبو حنيفة وهي الرواية الثانية عن الشافعي والدليل على صحة القول الأول ان الام لا تحجب أم الام فكذلك أم الاب لا تحجب أم الام وان من يرث بالام من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالاب من تلك الجهة وكذلك من يدلى بالام من جهة الامومة لا يسقط من يدلى بالاب من تلك الجهة

(فصل) وقوله فيفرض لها فيما سوى ذلك السدس يعنى انه فرضها اذا انفردت وعلى هذا جمهور الفقهاء وروى ابن سيرين ان الجدات ليس لهن سهم وانما هي طعمة أطعمتها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان الميراث لا يكون الا بفرض أو تعصيب وقد ثبت أن الجدة ليست من أهل التعصيب فلم يبق الا أن ترث بالفرض ص ﴿ قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة ثم سأل أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدة فأنفذه لها ثم أتت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بزائد في الفرائض شيأ فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها * قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يرث من الجدات غير جدتين أم الام وأم الاب وأمهاتهما وقد تقدم ذكر ذلك وقوله وقد بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة يريد بذلك انه لا يثبت ميراث الجدة الا بأحد هذين الأمرين وهو ما بلغ أبا بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الجدة وهي عنده أم الأم والثانية التي جاءت الى عمر فقال لها انما هو السدس فأيتكما خلت به فهو لها فان اجتمعتما فيه فهو بينكما وهي أم الأم وسائر الجدات لم يثبت لهن حق ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدة بالميراث وانما ذكر جدتين بالتثنية فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما وقول مالك ولم نعلم أحدا ورث غير جدتين مع ما قدمنا من الاختلاف في ذلك يحتمل أن يريد به انفاذه الحكم وان جاز أن يراه ابن مسعود وغيره ولكنه لم يبلغه انه أنفذ حكما به لأن القائل به كان يخالفه الجم الغفير فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد ولذلك لم ينسب توريث أم أب الاب الى عبد الله وحده وتوريث أم أب الأم الى ابن عباس من طرق ليست بالقوية ولعل مالكا قد أراد أن

* قال مالك ولا ميراث لاحد من الجدات الا للجدتين لانه بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدة ثم سأل أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ورث الجدة فأنفذه لها ثم أتت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب فقال لها ما أنا بزائد في الفرائض شيأ فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها * قال مالك ثم لم نعلم احدا ورث غير جدتين منذ كان الاسلام الى اليوم

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وان ماروى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الكلالة ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء ﴾ ش قوله ان عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث ويحتمل أن يسأل عمن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين وفسر وى عن أبي بكر وعمر وابن عباس الكلالة من لا ولد ولا والد وهذا يقتضي ان الكلالة الموروث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي ان السؤال كان عن أحكام الوارثين وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل ان الكلالة اسم للورثة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء يريد قول الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك الآية الى آخر السورة وهذه الآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السلمي فيما رواه ابن المنكدر عن جابر قال مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني هو وأبو بكر ماشيين وقد أغمي علي فلم أكلمه فتوضأ فصب علي فأفقت فقلت يارسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات فنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت وروى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الكلالة على وجهين فأما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شئ عليم * قال مالك فهذه الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة ﴾ ش وهذا كما قال ان الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء * أحدهما من لا يرث مع الوالد وان علا والمولودين وان سفلوا كالاخوة للام وذلك ماتضمن حكمه الآية التي في أول سورة النساء وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة فقال وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهؤلاء الاخوة من الأم خاصة فتى ماانفرد ذكرهم وأنثاهم فله السدس ومتى كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث * والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الأب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك ماتضمن حكمه الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة فهؤلاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي انزلت في الصيف آخر سورة النساء * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الكلالة على وجهين فأما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شئ عليم * قال مالك فهذه الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة

فالجد يرث مع الاخوة لأنه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السدس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع اخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذى كان لهم لأنهم سقطوا من أجله ولو أن الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الام فانما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام

﴿ ماجاء فى العمة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى انه أخبره عن مولى لقريش كان قديما يقال له ابن مرسى أنه قال كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فلما صلى الظهر قال يا يرفا هلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه فى شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفا فدعا بتور أو قدح فيه ماء فمحا ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارثة اقرك لو رضيك الله اقرك * وحدثنى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن حزم انه سمع أباه كثيرا يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث

أنثاهم عند الانفراد لان للانثى منهم النصف وللذكر الجميع فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع فكان للانثى منهم نصف حظ الذكر الا أن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض والأولين لا يرثون الا بالفرض فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى وقوله يرثون مع الجد فى الكلالة يريد الاخوة للاب أو للأم أو للاب ص ﴿ فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك انه يرث مع ذكور ولد المتوفى السدس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كاحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع الاخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذى حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذى كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو ان الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فانما أخذ مالم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام ﴾ ش وهذا كما قال ان الجد لا يحجب الاخوة عن الميراث وذلك انه يرث مع من لا يرثون معه وهو الابن وابن الابن للجد معهم السدس لانه ذوفرض ولا يرث الاخوة معهم لانهم يرثون معه بالتعصيب والاخوات وان كن يرثن بالفرض عند الانفراد الا انهن يرثن بمثل سبب الاخوة من التعصيب فوجب أن يحجبهن عن الفرض من يحجب الاخوة عن التعصيب ألا ترى ان الأم ترث بالفرض الثلث والأب يرث بالتعصيب مازاد على السدس ثم يحجب الأم عن الثلث الى السدس الابن كما يحجب الأب عن التعصيب و يرد الى السدس الذى هو الفرض لما ورث الابوان بسبب واحد وهو الولادة المباشرة فلما كان هذا حال الجد كان أحق من الاخوة بهذا السدس وكان أيضا أحق منهم بالثلث اذا لم يكن معهم فى الثلث غيرهم أو كان معهم من يحجبهم عن الثلث لمعنى آخر وهو ان الاخوة للام أحق بالثلث من الاخوة للاب والام والاخت للاب والفرق بينه و بين الاخوة مع الابوين يحجبون الام من الثلث الى السدس والاب أحق به منهم ان الاخوة يحجبون الام والاب يحجبهم فلا يرثون معه والاخوة للام يرثون الثلث مع الاخوة للاب والام و يحجبونهم عنه والاب يحجبهم فلا يرثون معه فلذلك كان أولى به لان الجد يحجب الاخوة للام الذين يحجبون الاخوة للاب والام عن ذلك الثلث فكان بمنزلة الاب مع الاخوة الذين يحجبون الام عن الثلث الى السدس والاب يحجبهم فكان أحق به منهم (مسئلة) فلو كانت فريضة فيها أم و زوج وجد واخوة لام واخوة لاب فذهب مالك أن للزوج النصف وللام السدس وللجد الثلث ولا شئ للاخوة للاب لان الاخوة للاب أحق به منهم لو لم يكن الجد والجد يحجب الاخوة للام عنه فكان أحق به منهم

﴿ ماجاء فى العمة ﴾

ص ﴿ حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى أنه أخبره عن مولى لقريش كان قديما يقال له ابن مرسى أنه قال كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فلما صلى الظهر قال يا يرفا هلم ذلك الكتاب لكتاب كتبه فى شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأتاه به يرفا فدعا بتور أو قدح فيه ماء فمحا ذلك الكتاب فيه ثم قال لو رضيك الله وارثة أقرك لو رضيك الله أقرك * مالك عن محمد بن أبى بكر بن حزم أنه سمع أباه كثيرا يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة تورث ولا ترث ﴾ ش قوله ليرفا بأثر صلاة هلم ذلك الكتاب ليسأل عنها

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾ * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة ان الاخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والاخ للاب أولى بالميراث من بني الأخ للاب والام وبنو الأخ للاب والأم أولى من بني الأخ للاب وبنو الأخ للاب أولى من بني ابن الأخ للاب والام وبنو ابن الاخ للاب أولى من العم أخي الأب للاب والام والعم أخو الأب للاب والام أولى من العم أخي الأب للاب والعم أخو الأب للاب أولى من بني العم أخي الأب للاب والام وابن العم للاب أولى من عم الاب أخي أبي الأب للاب والأم * قال مالك وكل شيء سئلت عنه من ميراث العصبة فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الأب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقعدهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الاطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم انما هو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبني أخي المتوفى لابيه وأمه دون بني الاخ للاب وذلك ان الله تبارك وتعالى قال وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم

ويستغفر يحتمل انه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور رفقهاء الصحابة الصلاة ولعله أن يكون قد تبين حينئذ اليه من حكمها ما خفي عليه قبل ذلك فأراد أن يشاورهم فيما ظهر اليه من ذلك ونحو ذلك في القدح أو التور وقوله لو رضيك الله أقرك يحتمل أن يريد به اسقاط العمة من أهل المواريث وان الله تعالى لو رضي الوراثة لأقرها بعد الاستخارة والمشاورة بأن يقوى في نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها ويريهم وجه الصواب في ذلك فلما لم يرهم ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد الرأي بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقا ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي محاها سواء كان فيها اثبات الميراث للعمة أو نفيه عنها وان الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها ولم يرهم صوابها الا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث وسيأتي في ميراث ذوي الأرحام من المسائل التي اختلف فيها الصحابة فالمشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت واليه ذهب مالك والشافعي وروي عن ابن مسعود توريثهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم بنو البنت وبنو الأخت وبنات الأخ من الأب والأم وبنات الأخ من الأب وبنو الاخوة من الأم والعمة والخالة وبنات العم والخال والعم أخو الأب للام وأولاده والجدة أم أبي الأم والدليل على ما نقوله ان بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوي لها في القرابة فوجب أن لا ترث اذا انفردت أصل ذلك بنت العمة ولا يلزمنا على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم فانه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة أن الاخ للاب والام أولى بالميراث من الاخ للاب والاخ للاب أولى بالميراث من بني الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب والام أولى من بني الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بني ابن الاخ للاب والام وبنو ابن الاخ للاب أولى من العم أخي الاب للاب والام والعم أخو الاب للاب والام أولى من العم أخي الاب للاب والعم أخو الاب للاب أولى من بني العم أخي الاب للاب والام وابن العم للاب أولى من عم الاب أخي أبي الاب للاب والام * قال مالك وكل شيء سئلت عنه من ميراث العصبة فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الاب الادنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدتهم كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقعدهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الاطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدتهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواه منهم انما هو أخو أبي المتوفى لابيه فقط فان الميراث لبني أخي المتوفى لابيه وأمه دون بني الاخ للاب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم ﴾ ش

وهذا على ماقال ان الاخ للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام يدلى بها الى الميراث اذا انفردت كما
يدلى بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما وكذلك الميراث فى العمومة وان كان
العم للام لامدخل له فى الميراث الا انه لما كانت الام سببا فى الميراث بالجملة قويت جنبة من وجدت فى
جهته كما أن الام بانفرادها لاتكون سببا الى ميراث جميع المال وقد يقوى جنبة الاخ للاب والأم
فيستحق جميع المال وهذا مع التساوى فى الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم اخوة أو أعماما
فى درجة أو بنى عم فى درجة واحدة فان اختلفت درجاتهم فذلك على وجهين أحدهما اختلافهما مع
اختلاف الاسباب الثانى اختلافهما مع اتفاق الاسباب فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الاسباب
فكالاخوة مع الاعمام و بنى الاعمام فالاخوة أقرب لانهم يدلون بالاب والاعمام يدلون بالجد وكذلك
بنو الاعمام يدلون بالجد فكان الاخوة أولى اخوة كانوا لاب وأم أو لاب لانهم يدلون بالاب وهو
أقرب من الجد وان كانوا أعماما كلهم أو بنى عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالاعمام اخوة الاب مع
الأعمام اخوة الجد فان الاعمام اخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يلقى الميت الى
أب لايلقاه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام
اخوة الجد يدلون بالجد أبى الأب وكل من أدلى بالاقرب فله الميراث دون من أدلى باب أبعد
(مسئلة) ومن ترك خالا هو ابن عم لاب وأخا لام وهو ابن عم لاب فللاخ للام السدس ومابقى بينه
و بين الخال بالسوية لانهما ابنا عم فى درجة واحدة ووجه ذلك أن الخال لاحظ له فى الميراث
والأخ للام يرث بالفرض السدس واذا اجتمع لاحد الوارثين سببان وانفرد الآخر بسبب واحد
فان كان السببان من جنس واحد كابنى العم أحدهما ابن عم لاب وأم والآخر ابن عم لاب فان تأثيره
أن يحجب ذو السببين ذا السبب الواحد وان كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم
هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لام فان تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما فيرث بسبب الفرض
أولا ثم يساويه فى بقية الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) ولو ترك الميت أخوين
لام أحدهما ابن عم لورثا بالاخوة للام الثلث بينهما ثم يرث الأخ الذى هو ابن عم بالتعصيب بقية المال
وذلك على ماقدمناه (مسئلة) وهذا اذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة فان كان خنثى فانه
ينظر الى مباله فان بال من ذكره فحكمه حكم الذكور فى ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من
أحكامه وان بال من فرجه فحكمه فى ذلك حكم المرأة وان بال منهما فهو الخنثى المشكل فقد قال ابن
عجلان الفرضى ينظر أيهما يبدأ البول أولا وروى ذلك عن على بن أبى طالب وان بال منهما جميعا
سواء فهذا الخنثى المشكل واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة
فان انفرد وحده فله ثلاثة أرباع الميراث قال ابن غالب لا اختلاف بين أهل العلم فى ذلك وقد اختلفوا
فى الحساب فقال بعضهم من توفى وترك ابنا خنثى وابنا صحيحا فان فريضتهما من سبعة للصحيح
أربعة وللخنثى ثلاثة ومنهم من قال فريضتهم من خمسة للخنثى سهمان وللصحيح ثلاثة ومنهم من قال
فريضتهم من ثمانية للصحيح خمسة وللخنثى ثلاثة وذلك كله غلط فى الحساب والصواب فى ذلك أن
تعمل فريضتين فريضة على أنه ذكر وفريضة على أنه أنثى ففريضتهما على أنه ذكر انه من اثنين لكل
واحد منهما النصف وفريضتهما على أن أحدهما أنثى من ثلاثة للذكر اثنان وللانثى واحد فاضرب
ثلاثة فى اثنين فذلك ستة ثم أضعف الستة فذلك اثنا عشر وانما أضعفنا الستة ليكون مابيد لكل
واحد منهما من التضعيف والتأنيث نصف صحيح ثم اقسم الاثنى عشر على أنهما ذكران فلكل واحد
منهما ستة ثم اقسمها على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية وللانثى أربعة وهى أسوأ حالتيهما ويصير

لهافي أفضل حالتيهما ستة فيعطى شطر ما بين حالتيه وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص ﴿ قال مالك والجد أبو الأب أولى من بني الأخ للاب والأم وأولى من العم أخي الأب للاب والأم بالميراث وابن الأخ للاب والأم أولى من الجد بولاء الموالي ﴾ ش وهذا على ما قال ان الجد أبا الأب يحجب به الأخ للاب والأم وذلك أن الجد أولى بالميراث من الأخ للاب والأم اذا ضاق عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيأ لكنه اذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما تعصيبا والاخ يعصب أخته والجد يرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبه الجد لقوة أسبابه التي يرث بها وهذا حكم الجد أبي الأب فأما أبو أبي الاب فانه أيضا أولى من بني الاخ والاعمام وبني الاعمام لانه جد كالادنى وأما الجد أبو الاب فانه يحجب أباه كما يحجب الاب الجد فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجد أولى من العم أخي الاب للاب والام ووجه ذلك أن العم انما يدلي بالجد فكان كالاخ مع الاب لما أدلى به لم يرث معه وانما يرث مع عدمه وأيضا فان تعصيب العم ليس بالقوي لانه لا يعصب أخته فكان كابن الاخ لا يرث مع الجد لضعف تعصيبه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصيبه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالي ووجه ذلك أن الولاء لا يورث الا بمحض التعصيب وليس فيه فروض والأخ وابن الأخ أمحض تعصيبا من الجد لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سببهم أقوى في الولاء ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض في الولاء لانه لا مدخل للفروض فيه وأما الاب فانه أحق بالولاء من الاخوة وان كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما لان الاخوة يدلون به فكان أحق بذلك منهم وليس كذلك الجد فانهم لا يدلون به وحكم الاخوة مع الاب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) قد تقدم الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب فليذكر العمل في مواريثهم ليتم به بيان أحكامهم ومعنى ذلك على الايجاز أن الفروض ستة وقد تقدم ذكرها وتخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربعة والستة والثمانية والاثني عشر والاربعة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفا وما بقي أو نصفا ونصفا فهي من اثنين وان كانت ربعا وما بقي أو ربعا ونصفا وما بقي فهي من أربعة وان كانت ثمنا وما بقي أو ثمنا ونصفا وما بقي فأصلها من ثمانية وهذه الاصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثاني أوله من ثلاثة ثم يضاعف الى ستة ثم يضاعف الى اثني عشر ثم يضاعف الى أربعة وعشرين فان كان في المسئلة ثلث وما بقي أو ثلث وثلثان فأصل المسئلة من ثلاثة وهذه المسئلة أيضا لا تعول لاختصاصها بأحد الاصلين وان كان في المسئلة نصف مع ثلث أو سدس فهي من ستة وان كان فيها ربع مع ثلث أو سدس فهي من اثني عشر وان كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس فهي من أربعة وعشرين وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الأصلين فيها فأما المسئلة التي أصلها من ستة فهي تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروخ وهي أكثر المسائل عولا لأنها عالت بقسميها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهي الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

*قال مالك والجد أبو الاب أولى من بني الأخ للاب والأم وأولى من العم أخي الاب للاب والام بالميراث وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالي

من اثني عشر عالت الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر واذا كان أصل المسئلة من أربعة وعشرين عالت الى سبعة وعشرين وهي المنبرية (مسئلة) فاذا تركت المرأة زوجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتعول الى سبعة واذا تركت زوجا وأما وأختين لأم فأصلها من ستة وتعول الى ثمانية واذا تركت زوجا وجدا وأما وأختا فأصلها من ستة وتعول الى تسعة واذا تركت المرأة زوجا وأما وست اخوات مفترقات فأصلها من ستة وتعول الى عشرة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم السدس وللأختين للأم الثلث وللأختين للأم والاب الثلثان وتعول الى عشرة وقد تقدم ذكرها (مسئلة) واذا توفي رجل وترك زوجة وثلاث اخوات متفرقات أصلها من اثني عشر للزوجة الربع بثلاثة وللأخت للأم السدس باثنين وللأخت للأب والام النصف بستة أسهم وللأخت للأب السدس بسهمين تعول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زوجا وأبوين وابنة وابنة ابن أصلها من اثني عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان أربعة أسهم وللابنة النصف بستة أسهم ولابنة الابن السدس باثنين تعول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأم وأختين لأب فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم وللجدة السدس بسهمين وللأختين للأم الثلث بأربعة أسهم وللأختين للأب الثلثان بثمانية أسهم تعول الى سبعة عشر (مسئلة) ولو توفي رجل وترك زوجة وأبوين وابنتين فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان بثمانية أسهم وللابنتين الثلثان ستة عشر سهما تعول الى سبعة وعشرين

(فصل في تصحيح المسائل)

وتصحيحها ان تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم في أصل المسئلة وعولها فما خرج فمنه تصح المسئلة وذلك مثل زوج وأخوين أصلها من اثنين للزوج النصف وللأخوين النصف لا ينقسم عليهما فتضرب عددهما وهما اثنان في أصل المسئلة وهو اثنان يكون أربعة منه تصح المسئلة فيكون للزوج النصف بسهمين وللأخوين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم ولو تركت زوجا وأخا وأختا فأصلها من اثنين للزوج النصف سهم وللأخ والاخت النصف لا ينقسم عليهما فيعد الأخ باثنين لأن له مثل ما لأخته فتضرب أصل المسئلة في ثلاثة تكون ستة منها تصح المسئلة للزوج النصف ثلاثة وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم (مسئلة) فان كان عدد الورثة موافقا لسهامهم مثل ان يكون لعددهم نصف ولسهامهم نصف أو ثلث وثلث أو ربع وربع أو ما كان من الاجزاء فيرد عددهم الى ذلك ثم تضرب الراجع في أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وذلك مثل امرأة تركت زوجا وهو ابن عمها وأربعة عشر ابنة أصل مسئلتهم من ثلاثة فللزوج بالفرض والتعصيب الثلث ويبقى الثلثان وهما سهمان للبنات لا ينقسم عليهن لكن توافقهن بالنصف فتضرب نصف عددهن وهو سبعة في أصل المسئلة وهو ثلاثة يكون احدا وعشرين منها تصح المسئلة للزوج سبعة وللبنات أربعة عشر سهما (مسئلة) فان كان في المسئلة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها فاضرب الاعداد بعضها في بعض فما اجتمع فاضرب به في أصل المسئلة وعولها وذلك مثل رجل توفي وخلف أربع نسوة وأربعة وثلاثين أخا لأم وسبعة وثلاثين أختا لأب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع بثلاثة لا تصح عليهن ولا توافق وللاخوة الثلث بأربعة سهام لا تنقسم عليهن ولا توافق وللأخوات للأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فتضرب أربعة في أربعة وثلاثين فما اجتمع ضربته في سبعة وثلاثين فما اجتمع ضربته في المسئلة فما اجتمع فمنه تصح المسئلة

(مسئلة) فان كان من لاتنقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر أخذت وفق عددهم لسهامهم ثم ضربت بعض ذلك في بعض فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها ان كانت عولاً فما اجتمع صحت منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخا لأم واثنان وثلاثون أختا لأب المسئلة من اثنى عشر للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن وللاخوة للام الثلث بأربعة سهام وللاخوة للاب الثلثان بثمانية أسهم لاينقسم عليهم ويوافقهم بالنصف فيرجعون الى تسعة وللاخوات الثلثان بثمانية أسهم لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالاثمان فيرجعن الى ثمنهن وذلك أربعة فتضرب ثلاثة في أربعة ثم في سبعة فذلك أربعة وثمانون ثم في أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر فذلك ألف ومائتان وسبعون ومنها تصح المسئلة من له سهم ضرب له في أربعة وثمانين (مسئلة) فان كانت الاعداد بموافقتها اياها لسهامها يوافق بعضها بعضا فاوقف وفق أحد الاعداد واردد الأعداد الأخر الى موافقتها للعدد الموقوف فارجع ضربت بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها مثال ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أخا لأم وثمانية وأربعون أختا لاب المسئلة من اثنى عشر للزوجات الربع بثلاثة لاينقسم عليهن ولا يوافقهن وللاخوة للام الثلث بأربعة أسهم لاتنقسم عليهم وتوافقهم بالربع فيردون الى ربعهم وذلك تسعة وللاخوات للاب الثلثان ثمانية لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن فيردون الى ثمنهن وذلك ستة فتبقى معنا أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجد الأربعة توافق الستة بالنصف والتسعة توافقها بالثلث فتضرب نصف الأربعة في نصف الستة تكن ستة ثم تضربها في الستة الموقوفة تكن ستة وثلاثين ثم تضربها فيما عالت اليه المسئلة وذلك خمسة عشر تكن خمسمائة وأربعين منها تصح المسئلة من كان له شئ في أصل المسئلة ضرب له في ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة في ستة وثلاثين تكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللاخوة مائة وأربعة وأربعون وللاخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة (مسئلة) وان كان من الاعداد بعد ردك اياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزأ أحدها عن سائرها وان كان أحد عدد الأجزاء منتسبا الى جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء فان الأكثر يجزئ عن الاقل ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر فيفنيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوي الآخر فان لم يكن كذلك لم يكن جزأ منه ولا داخلا فيه مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة والآخر عشرين فالخمسة داخلة في العشرين لانك ان نسبتها منها فهي ربعها وان زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها وان نقصت الخمسة من العشرين أفنتها ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها لانك ان نقصت من العشرين ستة ثلاث مرات لم توافق بل يبقى منها اثنان ولاتنسب منها بربع ولا خمس وانما هي ثلاثة أعشار مثال ذلك أربع نسوة وستة عشر أخا لام وأربعة وستون أختا لأب للزوجات ثلاثة سهام لاتنقسم عليهن ولا توافقهن وللاخوة لأم الثلث أربعة سهام لاتنقسم عليهن ولا توافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنهن وذلك ثمانية فصار عدد الزوجات ومابقي من عدد الاخوة أربعة أربعة فينوب أحدهما عن الآخر ثم تجد الأربعة تدخل في الثمانية فتجزئ عنها فتضرب الثمانية في أصل المسئلة وعولها فذلك مائة وعشرون ومنها تصح المسئلة من له شئ ضرب له في ثمانية فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة في ثمانية وللاخوة للام أربعة سهام مضروبة في ثمانية

(فصل) ولايخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة فى السهام وأربعة فى الأعداد فالتى فى السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم فلا يحتاج الى ضرب أو لاتنقسم عليهم ولاتوافقهم فتضرب عددهم فى المسئلة وعولها ان كانت عائلة والثانية أن لاتنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم فى المسئلة وعولها وأما فى الاعداد فأن تكون الأعداد متساوية فيجزئ أحدها عن باقيها أو يكون أحد العددين داخلا فى الآخر وجزأ منه فيجزئ الأكثر عن الأقل أو تكون الأعداد مختلفة لايوافق بعضها بعضا فتضرب بعضها فى بعض ثم ما اجتمع فى أصل المسئلة أو تكون الأعداد مختلفة ويوافق بعضها بعضا فانك توقف أحد الأعداد ثم ترد الأعداد الأخر الى الجزء الموافق لها ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه فى بعض ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف فما اجتمع ضربته فى أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وهذه طريقة البصريين فى التصحيح وللكوفيين طريقة أخرى سنذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر فى ذلك وبالله التوفيق

(فصل) فى معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فان فنى به فانه يوافق بباقى أقل العددين من الآحاد فان بقى من العدد الكثير أقل من العدد القليل مانقص ذلك من العدد القليل فان فنى توافقا بأخذ العدد الذى يفنى به وهكذا أبدا لاتزال تنقص مابقى من كل عدد مما بقى من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر فان فنى بواحد فليست بينهما موافقة فان فنى باثنين فالموافقة بينهما بالنصف وان فنى بثلاثة فالموافقة بينهما بالثلث فان فنى بأربعة فالموافقة بينهما بربع فان فنى بأحد عشر فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر وكذلك سائر الأعداد ومثال ذلك اذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين فتنقص من اثنين وثلاثين أربع مرات فانها تفنى فيعلم أنها توافقها بالأثمان واذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين فانقص أحدا وعشرين مرتين من التسعة والأربعين يبقى سبعة فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها فاعلم انهما يتفقان بالاسباع فان قيل بما توافق مائة وعشرون مائة وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين يبقى خمسة وأربعون انقصها من المائة وعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرة تبقى خمسة عشر انقصها من الثلاثين مرتين تفنيها فتعلم أنهما متفقان بأجزاء خمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل فى الوصايا)

اذا أوصى الميت بثلثه فأردت قسمة تركته فانك تنظر الى التى تنقسم عليه مثل نصفه وان أوصى بالربع زدت عليه مثل ثلثه وان أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه وان أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسه وان أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه وان أوصى بالثمن زدت عليه مثل سبعه وان أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وان أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعه وذلك مثل امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختين لأب المسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس بسهم وللاختين للاب الثلثان بأربعة أسهم تعول الى ثمانية فان أوصيت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربعة فتكون اثنى عشر ومنها تصح المسئلة فى الوصية فان لم يكن ماذكرت ضربت الفريضة فى عدد يخرج منه جزء الوصية ان كانت بالثلث ضربتها فى ثلاث وان كانت بالربع ضربتها فى أربعة

(مسئلة) ولو أوصى بوصيتين ولم يكن أصل الفريضة له يزاد عليه أجزاء الوصايا فاضرب أجزاء الوصايا

بعضها فى بعض فما اجتمع ضربته فى أصل الفريضة فلو أوصى بثلث وربع فمثال ذلك امرأة توفيت وخلفت زوجا وأختين لأب أصلها من ستة تعول الى سبعة للزوج النصف بثلاثة وللاختين الثلثان بأربعة فان أوصت بالثلث لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح فتضرب الفريضة بعولها فى ثلاثة فتكون احدى وعشرين فمنه تصح المسئلة ولو كان أوصى بثلث وربع لضربت ثلاثة فى أربعة ثم تضرب ما اجتمع فى الفريضة فما اجتمع فمنه تصح الفريضة مع الوصيتين

(فصل) فى المناسخات ومعنى ذلك أن يموت ميت فلا يقسم ماله حتى يموت بعض ورثته فوجه العمل فى ذلك أن تصحح مسئلة الميت الأول ثم تصحح مسئلة الثانى ثم تقسم سهام الميت الثانى التى ورثها من الميت الأول على سهام مسئلته فان انقسمت فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاولى مثال ذلك ان تخلف المرأة زوجها وأختين فالمسئلة من ستة تصح من سبعة فان ماتت احدى الأختين تخلفت بنتها وأختها فالمسئلة من اثنين ولها من الأولى سهمان تنقسم على مسئلتها فقد صحت المسئلتان من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللاخت سهمان من المسئلة الأولى وسهم من الثانية ولبنت الميتة سهم (مسئلة) فان لم تنقسم السهام التى ورثها الميت الثانى على سهام المسئلة ولم توافقها فاضرب مسئلته فى المسئلة الأولى فما اجتمع صحت منه المسئلتان مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين المسئلة من ستة ثم ماتت احدى الابنتين وخلفت زوجا وابنا وبنتا مسئلتها من أربعة وتمماتت عن سهم لا ينقسم ولا يوافقها فاضرب مسئلتها فى المسئلة الأولى تكون أربعة وعشرين منها تصح المسئلتان من له شئ من المسئلة الأولى مضروب له فى أربعة ومن له شئ من المسئلة الثانية مضروب له فى السهم الذى ماتت عنه الثانية (مسئلة) فان لم تنقسم السهام التى ورثها الميت الثانى على مسئلته ووافقها فاضرب وفق المسئلتين فى المسئلة الاولى فما اجتمع صحت منه المسئلتان مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين المسئلة من ستة ثم مات أحد الابنين وخلف امرأة وبنتا وثلاثة بنى ابن مسئلتهم من ثمانية أسهم وقد مات عن سهمين توافق مسئلته بالنصف فاضرب نصف مسئلته فى المسئلة الاولى تكن أربعة وعشرين منها تصح المسئلة

(فصل) فى قسم التركات اذا أردت قسمة التركات وكانت دنانير أو دراهم أو ما يكال ويوزن ويجمع فى القسم فصحح الفريضة على الورثة ثم اضرب سهام كل وارث فى عدد التركة فما اجتمع قسمته على سهام الفريضة فما خرج فهو نصيبه وان شئت قسمت التركة على المسئلة فما خرج ضربته فى سهام كل وارث فما خرج فهو نصيبه فان وافق عدد التركة سهام المسئلة تخلفوفقها جميعا ثم اعمل فى وفقها ما كنت عاملا فيها اما أن تضرب سهام كل وارث فى وفق التركة فما اجتمع قسمته على وفق المسئلة فما خرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسئلة فما خرج بالقسمة ضربته

﴿ من لا ميراث له ﴾

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان ابن الاخ للام والجد أبا الام والعم أخا الاب للام والخال والجدة أم أبى الام وابنة الاخ للاب والام والعمة والخالة لا يرثون بارحامهم شيأ قال وانه لا ترث امرأة هى أبعد نسبا من المتوفى ممن سمى فى هذا الكتاب برحمها شيأ وانه لا يرث أحد من النساء شيأ الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى فى كتابه ميراث الام من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الاخوات

﴿ من لا ميراث له ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان ابن الاخ للام والجد أبا الأم والعم أخ الأب للام والخال والجدة أم أبى الأم وابنة الأخ للاب والأم والعمة والخالة لا يرثون بارحامهم شيأ قال وانه لا ترث امرأة هى أبعد نسبا من المتوفى ممن سمى فى هذا الكتاب برحمها شيأ وانه لا يرث أحد من النساء شيأ الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى فى كتابه ميراث الأم من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الأخوات

للاب والام وميراث الاخوات للاب وميراث الاخوات للام وورثت الجدة بالذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هى نفسها الان الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم ﴾ ش وعلى ماذكر ان زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يورثون ذوى الارحام من ارجال وهوابن الاخ للام والجد أبو الام والعم للام والخال فانهم لا يرثون لانهم ليسوا أهل فرض فيحجبون العصبة ولا أهل تعصيب ومن النساء الجدة أم أبى الام وابنة الاخ للاب والام والعمة والخالة والاصل فى ذلك ماقدمناه قال مالك ولا يرث من النساء الا من سمى الله عز وجل فى كتابه وثبتت السنة بميراثه وهى سبعة تقدم ذكرهن وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت توريثها بالسنة وهذا ميراث النسب وأما ميراث الولاء فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت قال مالك لان الله عز وجل يقول فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم والاستدلال من هذا انما يكون بان يثبت الميراث بالولاء وأن يكون لفظ الجمع المذكر يقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ فحينئذ تتناول الآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾ ش معنى قوله لا يرث المسلم الكافر يعنى ميراث المسلم مالا يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسلما من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم والى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فانتهى الى قوله فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه لكونهما أهل ملتين مختلفتين واذا كان لا يرث المسلم الكافر فبان لا يرث الكافر المسلم أولى وروى عن معاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد انعقد الاجماع على ماذهب اليه الجمهور من أهل عصرهم (مسئلة) وأما المرتد فلا يرثه ورثته المسلمون وماله فى بيت المال ووجه ذلك ماتقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به فلو ارتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب فمات أحد ابنيه ورثه أخوه وجده بنصفين ولا ميراث لابيه المرتد وان راجع الاسلام المرتد بعد موت ابنه فلا شئ له من الميراث لان الاعتبار بحال الموت دون غيرها من الاحوال وهذا فى حال موت ابنه لم يكن وارثا له (مسئلة) وأما الزنديق وهو الذى يظهر منه على كفر يسره وهو مع ذلك يدعى الاسلام فاختلف فيه العلماء فقال مالك يقتل ولا يقبل منه الايمان اذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الايمان وقال الشافعى تقبل توبته ولا يقتل ولابى حنيفة فى ذلك قولان أحدهما مثل قول مالك والثانى مثل قول الشافعى وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بقول الله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله وقالوا عن جماعة من أهل التفسير ان البأس فى الآية السيف فاذا قلنا بذلك فهل يرثه ورثته اختلف قول مالك فى ذلك فروى عنه ابن القاسم يرثه ورثته وروى عنه ابن نافع وابن الماجشون لا يرثه ورثته فمقتضى رواية ابن القاسم انه يقتل حدا ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على بن أبى طالب انه أخبره انما ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب ﴾ ش قوله انما ورث أبا طالب عقيل وطالب يريد انهما انفردا بميراثه دون على وجعفر وذلك أن عليا وجعفرا تقدم اسلامهما قبل موت أبى طالب وبقى

للاب والأم وميراث الأخوات للاب وميراث الأخوات للام وورثت الجدة بالذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هى نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه فاخوانكم فى الدين ومواليكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن على ابن حسين بن على عن عمر بن عثمان بن عفان عن اسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن على بن حسين بن على بن أبى طالب انه أخبره انما ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب

طالب وعقيل على ملتهما فانفردا بميراثه وانما أسلما بعد موته عام الفتح فلذلك لم يكن لعلي ولا لجعفر
ولا لأحد من عقبهما حظ فى الشعب الذى كان لأبى طالب (مسئلة) وانما المراعى فى التوارث
اتفاق الدينين حال الوفاة ولو ان نصرانيا أسلم عند الموت وهو مريض ورثه ورثته من المسلمين دون
غيرهم وجرى حاله فى غسله والصلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين ولو ان كافرا توفى وترك حملا فولد له
لكان على دين أبيه وورثه قاله القاضى أبو الحسين والله أعلم وأحكم ص * مالك عن يحيى بن
سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الاشعث أخبره ان عمته يهوديه أو نصرانية توفيت وان محمد بن
الاشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى
عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أترانى نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل
دينها * ش قوله لابن الاشعث وقد سأله عن عمته اليهودية من يرثها فقال له يرثها أهل دينها وذلك
يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين وهذا اذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم دون
خلاف فيه من الفقهاء فان كان أحدهما يهوديا والآخر نصرانيا فقد سئل مالك عن نصرانى تحته
يهودية فتوفى فقال مالك ليس ذلك الينا فان تحاكموا عندنا فانهم لا يتوارثون لانا نحكم بينهم بحكم
الاسلام (مسئلة) وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته ثم أسلموا فانهم انما يتوارثون بالميراث
الاصلى الذى لا يغيره الاسلام ولو تزوج مجوسى أمه فولدت له منها ولدا ثم أسلموا فات المجوسى فان
الزوجية قد بطلت بالاسلام وثبتت الامومة وابنه هو ابنها واخوه للام فان الام ترث السدس على
انها أم وترث الابن على انه ابن وسقط حكم الاخوة للام ولو تزوج ابنته وولدت له منها ولدان فاسلموا
ثم توفى الرجل فان لابنته الخمس وتسقط الزوجية والباقى لابنيه فان توفى أحدهما فلامه الثلث
وتسقط الأخوة ولاخيه الباقى وقد قال بعض أهل الفرائض لها السدس لانها أخت فتحجب
نفسها مع الاخ الى السدس (مسئلة) وهذا اذا علمت الاديان فان جهلت مثل رجل توفى وترك
ثلاثة بنين أحدهم صغير وأحد الكبيرين مسلم والثانى نصرانى فادعى المسلم ان أباه مات مسلما وان
أخاه الصغير مسلم وادعى النصرانى ان أباه مات نصرانيا وان أخاه الصغير نصرانى فقد قال ابن
القاسم فى المدونة فى رجل توفى وترك ابنين أحدهما نصرانى والثانى مسلم ادعى كل واحد منهما ان
أباه مات على دينه ان كل شئ لا يعرف لمن هو يدعيه رجلان فانه يقسم بينهما فكذلك هذا وقال أبو
غالب المرضى يتحالفان ويقسم المال الآن نصفين ثم يقال لهما انكما استحقيتما المال بايمانكما وكل
واحد منكما يزعم ان الصغير أخوه وشريكه فليعط كل واحد منكما الصغير شطر ما بيده فيصير للصغير
نصف مال المتوفى والنصف الثانى بين الكبيرين ووجه ذلك ان كل واحد منهما يقر بان نصف المال
للصغير ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه فيقسم بينهما بعد ايمانهما وهو تفسير قول ابن
القاسم (مسئلة) ولو ترك ابنين كبيرين وابنة صغيرة لكان على كل واحد منهما أن يدفع اليها ثلث
ما بيده لانهما قد اتفقا على الاقرار لها به وتنازعا فى الثلثين فيقسم بينهما وقوله وهذا يقتضى انه
يحكم فى مواريثهم بحكم الاسلام لانه حكم بين مسلم وكافر وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابى
يموت على كفره ثم يسلم أحد ورثته فانهم يتقاسمون على مواريثهم وان كانوا من غير أهل الكتاب
فانهم يتوارثون على مواريث الاسلام وقال ابن نافع أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثون على
مواريث الاسلام وقاله سحنون (مسئلة) وهذا اذا لم يكن لواحد منهما بينة قال ابن القاسم
وذلك اذا لم يكن معروف الحال فى الأصل فان كان يعرف بنصرانية ولم تكن لهما بينة فقال ابن

وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمته يهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر ابن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أترانى نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها

القاسم فى المدونة هو على ذلك حتى يثبت اسلامه ببينة (مسئلة) فان شهد لكل واحد منهما بينة وتكافأت البينتان فانه مايقتسمان أيضا وليست الصلاة عليه بشهادة تامة فى كونه مسلما وقال سحنون المال للمسلم مع يمينه و بينة الاسلام أولى لانهم زادوا فى شهادتهم على الأخرى وهذا أيضا اذا لم يكن معروف الحال * قال القاضى أبو الحسن فان كان معلوم النصرانية ثم ادّعى المسلم انه أسلم وأقام بذلك بينة فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم باسلامه وأقاما البينة لكانت بينة المسلم أولى (مسئلة) وان كان المورو ث كافرا وجميع ورثته كفارا فاحتكموا الينا فان رضوا أجمعون بحكم الاسلام ورثوا على ذلك وان أباه أحدهم ردّوا الى حكم دينهم والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن اسماعيل بن أبى حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز هلك قال اسماعيل فأمرنى عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله فى بيت المال ﴾ ش قوله فأمره أن يجعل ماله فى بيت المال يريد ان من أعتق عبدا نصرانيا فانه لا يرثه بالولاء لان الولاء مشبه بالنسب فاذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء وكذلك الصهر فأما العبد يموت وله مال فان المال لسيده وليس على وجه الميراث ولكن على وجه الملك لان الرق يمنع الميراث ولذلك لا يورث بسبب وهو أقوى أسباب التوارث فكل من فيه بقية رق من معتق الى أجل أومكاتب أومدبر أوأم ولد فانه لا يورث وانما يكون ماله لسيده بالملك الا المكاتب يترك وفاء فانه ان ترك ورثة أحرارا أوترك زوجة وأولادا معه فى الكتابة أوأولادا ولدوا ليسوا معه فى الكتابة فان الزوجة والأولاد الذين كانوا معه فى الكتابة والذين ولدوا فى الكتابة يعتقون بأداء مابقى عليه من الكتابة فما بقى من المال لم ترث منه زوجته ولا أولاده الأحرار و ورثه أولاده الذين كانوا معه فى الكتابة والذين ولدوا فيها قاله مالك وسيأتى ذكره بعد هذا فى المكاتب ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبى عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد فى العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعته فى أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت ويرثه ان مات ميراثها فى كتاب الله ﴾ ش قوله أبى عمر أن يورث أحدا من الأعاجم الا أن يولد فى العرب وأما من ولد فى أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهما ثبتت ببينة أولا تثبت الا بمجرد الدعوى والاقرار فاما أن يسمى رجلان يذكرانهما أخوان فانهما لا يمنعان من الانتساب بالاخوة ولكن لا توارث بينهما وكذلك لو سبيت امرأة وهى حاملة طفلا تزعم انه ابنها فانه يقبل ذلك منها فى انه لا يفرق بينهما ولكنهما لا يتوارثان بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حاملا فولدت ببلد الاسلام توارثا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

(فصل) فان شهدت بذلك بينة فلا يخلو أن تكون من المسلمين أومنهم فان كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم فيعلمون ذلك ويشهدون به فانهم يتوارثون بذلك وأما ان شهد به بعضهم ممن أسلم وعرفت عدالته فانهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا فيتوصلون بذلك الى قصر أموالهم عليهم (مسئلة) وأما ان أسلم أهل بلد بجملتهم فبقوا فى مكانهم أوتحملوا بجماعتهم فيشهدون بذلك فانها تقبل شهادتهم لان خبرهم يقع به العلم ويبعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا فزالت التهمة ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التى لا اختلاف فيها والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

وحدثنى عن مالك عن يحيي بن سعيد عن اسماعيل ابن أبى حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز هلك قال اسماعيل فأمرنى عمر بن عبد العزيز ان أجعل ماله فى بيت المال * وحدثنى عن مالك عن الثقة عنده انه سمع سعيد ابن المسيب يقول أبى عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد فى العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعته فى أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت وترثه ان مات ميراثها فى كتاب الله * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا والسنة التى لا اختلاف فيها والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيأ الا من علم أنه قتل قبل صاحبه * قال مالك وذلك الامر الذى لا اختلاف فيه ولاشك عند أحد من أهل العلم ببلدنا وكذلك العمل فى كل متوارثين هلكا بغرق أوقتل أوغيرذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيأ وكان ميراثهما لمن بقى من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الاحياء *قال يحيى وسمعت مالكا يقول لاينبغى أن يرث أحد أحدا بالشك ولايرث أحد أحدا الابالبقين من العلم والشهداء وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذى أعتقه أبوه فيقول بنو الرجل العربى قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء

فانه لايحجب أحداعن ميراثه ﴾ ش وهذا على ماقال انه لايرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولارحم ولامصاهرة ولايحجب من وجوده وعدمه سواء فى الحجب فلو أن رجلا مسلما توفى وترك أبا كافرا وأخا مسلما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبوين مسلمين وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث ولم يحجبها الأخوان الكافران عن الثلث الى السدس لان من لايرث لايحجب ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قد يحجب وان لم يرث فان منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لايرثان لان الأب يحجبهما وهما يردان الام الى السدس وكذلك الاخوة من الام والاخوة للاب مع الزوج والجد فانه لايبقى بعد ميراث الزوج والجد الا الثلث والاخوة للام يحجبون الاخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والاخوة للاب عصبة ولاحق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجد يحجب الاخوة للام عنه لأنه لايرث الاخوة للام مع وجود وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

﴿ من جهل أمره بالقتل أوغيرذلك ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديد فلم يورث أحد من صاحبه شيأ الا من علم أنه قتل قبل صاحبه * قال مالك وذلك الأمر الذى لا اختلاف فيه ولاشك عند أحد من أهل العلم ببلدنا ﴾

ش قوله انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ويوم قديد وذلك ان هذه الايام كانت فيها حروب شداد فقتل فى كل واحدة منها عدد عظيم من الناس حتى تناول ذلك كثيرا ممن كان يتوارث فجهل المقتول منهم أولا فلم يكن بينهم توارث لذلك ومثال ذلك ان يكون اخوان لابوين فيقتتلان فى مثل ذلك اليوم فلايعلم أيهما قتل أولا فهذان لايرث أحدهما من الآخر وان كان لايحجب عن ماله ويرث كل واحد منهما من بقى من ورثته ان كان بقى له وارث خاص فان لم يبق له وارث خاص فبيت المال ص ﴿ قال مالك وكذلك العمل فى كل متوارثين هلكا بغرق أوقتل أوغيرذلك من الموت اذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيأ وكان ميراثهما لمن بقى من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الاحياء *قال يحيى وسمعت مالكا يقول لاينبغى أن يرث أحد أحدا بالشك ولا يرث أحد أحدا الابالبقين من العلم والشهداء وذلك ان الرجل يهلك هو ومولاه الذى أعتقه أبوه فيقول بنو الرجل العربى قد ورثه أبونا فليس ذلك لهم ان يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء ﴾ ش وهذا على ماقال ان كل متوارثين جهل أولهما موتا فانهما لايتوارثان وكذلك القوم يكونون فى البيت فينهدم عليهم فيموتون فلايعلم أيهم أسبق موتا فهؤلاء لايتوارثون ولايرث قرابة أحدهم من الآخر بأى وجه كانت قرابته بابوة أو بنوة أواخوة أوعصبة أو بولاء أومصاهرة ما لم يعلم أيهم مات أولا وكذلك القوم يكونون فى السفينة فيغرقون فلايعلم أيهم مات أولا ولو رؤى أحدهم رافعا رأسه ثم غرق لم يرث ولم يورث لانه لايعرف هل مات من كان يتوارث معه قبله أو بعده وأصل ذلك اجماع الصحابة وقد توفيت أم كلثوم بنت على بن أبى طالب رضى الله عنهما من فاطمة رضى الله عنها وهى زوج عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابنها منه زيد فى وقت واحد فلم يدر أيهما مات أولا فلم يرث أحدهما من الآخر وكذلك اجماع الصحابة ومن بعدهم من التابعين على هذا الحكم فى الايام المذكورة قبل هذا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولا يرث أحد أحدا بالشك ولا يرثه الا بيقين من العلم والشهداء يريد ان يعلم ذلك الشهداء ويتيقنونه ثم يشهدون به واذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل لم يورث بعضهم من بعض (مسئلة) ويعلمون حياة الوارث حين وفاة المورث وحياة المورث قبل وفاته فأما من لم تعلم حياته فلا يرث ولا يورث فاذا ولد مولود فعلمت حياته بصراخه ورث وورث وان لم يصرخ لم يرث ولم يورث وروى أبو غالب الفرضي سئل مالك عن المولود يولد فيتحرك أو يرضع ويعطس أو يمكث يوما وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صارخا انه لا يرث ولا يورث ولا يصلى عليه والاستهلال الصراخ وهو البكاء والصياح خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ فلم تدل على الحياة كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم انه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد ان أقام أياما فانها تثبت بذلك حياته وجه القول الاول انها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة ووجه القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا موجود ومشاهد في الكثير وانما الجواب عندي في هذه المسئلة انه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ وذلك معلوم بالعادة وذكر القاضي أبو محمد انه اختلف في العطاس (مسئلة) فان ماتت أمه أو مورثه قبل ان يستهل صارخا ثم استهل صارخا بعد ذلك فقد روى أبو غالب ان الاستهلال ثابت له بصراخه ووجه ذلك انه بعلم وجود حياته في وقت موت مورثه والله أعلم وأحكم ص

﴿ قال مالك ومن ذلك أيضا الاخوان للاب والام يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شيء * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الاخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيأ ولا يرث ابن الاخ من عمته شيأ ﴾ ش وهذا على ما قال ان الاخوين للاب اذا ماتا ولاحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ للاب فلا يعلم أي الشقيقين مات أولا فميراث الذي لا ولد له لأخيه لابيه وميراث الاخ لابيه ولا يورث أحد الشقيقين من الآخر لانه قد جهل أولهما موتا وعلى ذلك سائر المواريث والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنى انه اذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل واخوته لامه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لامه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله ان ولد الملاعنة ترثه أمه واخوته لامه ومعنى ذلك انهم يتوارثون على سنة كتاب الله تعالى لامه الثلث ان لم يكن له اخوان فأكثر فان كان له اخوان فأكثر فلامه السدس ولاخيه السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث وأما زوج أمه الذي انتفى منه باللعان فلا توارث بينهما ولو أكذب نفسه واستلحقه وذلك في حياة الابن فان الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان وان استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن فلا يخلو ان يكون للابن ولد أو لا يكون له فان لم يكن له ولد جلد الحد ولم يرثه وان كان له ولد ذكر أو أنثى جلد الحد وورثه مع ولده ووجه ذلك انه انما يستلحق الحي فاذا

قال مالك ومن ذلك أيضا الاخوان للاب والام يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شيء * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الاخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيأ ولا يرث ابن الأخ من عمته شيأ

﴿ ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ﴾

حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا انه اذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل واخوته لامه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لامه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

مات ولم يخلف ولدا يلحق نسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى واذا ترك ولدا صح استلحاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين فانهما يتوارثان اخوة لاب وأم فان مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثلث وورث أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدته قبل هذا الحمل فمات أحد التوأمين فان الولد الذي ولدته خال الزوجية أخو المتوفى لأمه فيرث منه السدس وترث أمه السدس ويرث الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فلو أن مغتصبة أو زانية ولدت توأمين في بطن فانهما يتوارثان بالأمومة خاصة والفرق بينهما أن ولد الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه وأما ولد المغتصبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما عنه شبهة وانما هو محض الزنا فليس بينهما نسب الا بالأمومة وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب حاملا فان التوأمين عند المغيرة اخوان وذكر ابن سحنون في كتاب السير هما اخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين توأمي الزنا والمغتصبة انهما وان كانا لا يعرف لهما أب الآن فانه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنا فانه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم

(فصل) وقوله وورث البقية موالي أمه ان كانت مولاة يريد انهم عصبة الذين أعتقوا أمه فهم من مواليهم فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين يريد أن تكون عربية باقية على أصل الحرية ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرة فان عشيرتها ليسوا بعصبة ولدها وانما هم اخواله فلا حق لهم في الميراث وأما الولاء فان الرجل يرث من تعتقه أخته وابنته لان له حكم التعصيب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما توارث المتلاعنين فان مات أحدهما قبل تمام اللعان فان كان الزوج أكمل لعانه ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها الا أن تخمس بالغضب فانه يرثها ولو مات الزوج بعد ما التعن وتم لعانه بالخمس فانه يقال للمرأة التعني وادرئي عن نفسك العذاب فان التعنت تم بذلك اللعان بينهما ووجبت الفرقة ولم ترثه وان نكلت عن اللعان فلها الميراث من زوجها وعليها الجلد ان كانت بكرا والرجم ان كانت محصنة ووجه ذلك أن بتمام اللعان بينهما تقع الفرقة ويبطل الميراث * والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب العتاقة والولاء)

﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق ﴾ ش قوله من أعتق شركا له في عبد لفظ عام في كل معتق فان كان العبد مسلما لمسلمين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي على ما يأتي بعد هذا وان كان العبد نصرانيا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته ففي الموازية وغيرها يقوم على المعتق منهما وكذلك اذا كان العبد مسلما لنصرانيين يريد ان العبد المسلم لنصرانيين يعتق أحدهما حصته يقوم على المعتق حصة شريكه وبه قال الشيخ أبو القاسم حكاه عنه القاضي أبو محمد وحكى عن المذهب نفي التقويم قال ووجه ذلك أن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾

* حدثني مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق

تكميل العتق من حقوق الله تعالى والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى قال ووجه ايجاب التقويم ان في تكميل العتق ثلاثة حقوق أحدها لله تعالى والثاني للشريك والثالث للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني ومسلم واذا كان العبد نصرانيا المسلم ونصراني فأعتق حصته المسلم قومت عليه حصة النصراني وان أعتق النصراني حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصة المسلم لان العبد النصراني لو كان جميعه النصراني فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بعتقه سحنون وقال غيره يقوم عليه ووجه ذلك انه حكم بين مسلم ونصراني فطلب فيه حكم الاسلام كما لو كان العبد المسلم لنصراني ومسلم وأما ان كان العبد النصراني لمسلم ونصراني فابتدأ المسلم العتق فانه تقوم عليه حصة النصراني وان أعتق النصراني فلا تقويم عليه عند ابن القاسم وأشهب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تقوم على من أعتق منهما وجه القول الأول ان العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان فليس لحاكم الاسلام أن يحكم بينهما ووجه القول الثاني أن الحق في ذلك للشريك وهو مسلم فلزم أن يحكم فيه بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لعبد وحر فأعتق العبد حصته ففي الموازية لا عتق له الا باذن السيد فان أذن السيد في ذلك قوم في مال السيد كان للعبد مال أو لم يكن وكذلك لو كان بغير اذنه ثم أجاز قال سحنون في كتاب ابنه ويستوعب في ذلك مال السيد وان احتيج الى بيع رقبة العبد قال سحنون وهو في العتبية لأصبغ عن ابن القاسم لو قال السيد قوموه على العبد فيما بيده لم يقوم عليه ووجه ذلك ان الجناية في هذا انما هي من قبل السيد لانه لولا اذنه لم ينفذ عتق العبد فوجب أن يكون في ماله ثم ان شاء هو أن ينتزع مال العبد كان له ذلك

(فصل) وقوله ان من أعتق شركا له في عبد يريد نصيبا له في عبد وذلك يقتضي نفاذ عتقه في حصته وقد قال مالك سواء أعتق باذن شريكه أو بغير اذنه لا بد أن يقوم أو يعتق ووجه ذلك انه حق لله تعالى فلا يجوز اذن السيد فيه

(فصل) وقوله فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه يقتضي والله أعلم أنه ان كان موسرا بثمن العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا فلو كان معسرا فهل لشريكه التقويم عليه أم لا قال مالك في كتاب ابن المواز لشريكه أن يقوم عليه حصته ويتبعه في ذمته وقال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذي لم يعتق ولا ضرر في ذلك على المعتق وهو جان فلا معنى عليه أن يتبع ذمته بجنايته وهي ما أدخل في حصته من ضرر شريكه المعتق ووجه قول ابن القاسم ان هذا متعلق بماله دون ذمته فليس لشريكه أن يعلق ذلك بذمته والله أعلم (مسئلة) ولو كان معسرا يوم العتق فرفع الى الحاكم فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر فلا يقوم عليه ولو لم يرفع حتى أيسر ففيه روايتان احداهما اثبات التقويم عليه والاخرى نفيه قال القاضي أبو محمد وجه اثبات التقويم عموم الخبر قوله صلى الله عليه وسلم فكان له مال وذلك عام في جميع الاوقات ومن جهة المعنى أن هذا موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك فلزمه التقويم كالذي أيسر يوم العتق ووجه الرواية الثانية أن هذه جناية فكان الاعتبار بيسر الجاني يوم الفعل دون يوم الجناية كسائر الجنايات وفي هذا الدليل نظر لان سائر الجنايات متى أيسر بعد ذلك لزمه ارش الجناية (مسئلة) ومما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه ومن يعرفه فان لم يعلموا مالا له أحلف ولم يسجن قاله عبد الملك في كتاب ابن سحنون قال سحنون وقاله

أصحابنا جميعا الا اليسير فلا يستحلف عندهم وجه القول الأول ان ظاهر عدمه يكفي منه ما تقدم فيلزمه أن يحلف ليبرأ باطنه كالمفلس بالدين ووجه القول الثاني ان هذه يمين نكل عنها لم يسجن ولا قضى عليه بالمال فلا تأثير لها فوجب أن يبطل (مسئلة) قال مالك في الموازية وتباع في ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب ويترك له كسوة ظهره وعيشه الايام قال أشهب انما يترك له ما يواريه لصلاته قال عبد الملك انما يترك له ما لا يباع على المفلس ووجه ذلك ان حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له الا ما يواريه للصلاة كالرقبة تلزمه لظهاره (مسئلة) وان كان له مدبرون أو معتقون الى أجل فلا حكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما ديونه فان كانت على أملياء حضور وأمدها قريب قومت في ذلك وتتبع ذمته وان كانت منسية أو أهلها غيب فليس عليه أن يخرج منها عبده قاله ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع وينتظر له تلوم الامر فيه (مسئلة) ومتى يراعى حاله قال ابن نافع انما ينظر الى حاله يوم التقويم فان كان له مال قوم عليه وان كان يوم العتق معسرا وقال مطرف عن مالك ان كان أعتق وهو معسر فان كان عدمه بينا عند الناس كلهم ثم أيسر فلا تقويم عليه الا أن يكون العبد غائبا وروى ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الاول ان حال العبد انما يعتبر حال التقويم فكذلك حال العتق

(فصل) وقوله من أعتق شركا له في عبد يحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بغيره اذا تضمن معنى العتق وقال مالك في العتبية والموازية في عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد قد وهبتك نصيبي منك فانه يعتق ويقوم عليه حصة شريكه كما لو قال لعبد له جميعه وهبتك نفسك لكان عتقا وقاله سحنون ومعنى ذلك ان ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق (مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلا أو مؤجلا فان كان معجلا ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون فيمن أعتق حصته من عبد الى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم يقوم عليه الآن ليعتق الى الأجل قال سحنون وقال آخرون ان شاء التمسك قوم عليه الساعة وكان جميعه حرا الى السنة وان شاء تماسك وليس له بيعه قبل السنة الا من شريكه فاذا تمت السنة قوم على مبتدىء العتق بقيمته يوم التقويم وقاله عبد الملك بن الماجشون وهذا ان تماسك الثاني ولو عجل الثاني العتق فروى عيسى عن ابن القاسم يقوم خدمته الى السنة فيؤخذ من معجل العتق ويدفع الى صاحبه قال ثم رجع وقال يقضي عليه بعتق نصفه الآن ونصفه الى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولاؤه لغيره (مسئلة) ولو بتل الاول وأجل الثاني ففي المدونة لابن القاسم يفسخ ما صنع ويضمن شريكه حصته وكذلك لو دبر حصته قال ابن سحنون ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم ان أعتق الثاني حصته الى أجل أو كاتب أو دبر وشريكه موسر لم يكن ذلك له ولو كان معسرا جاز ذلك قال القاضي أبو محمد اذا أعتق الثاني الى أجل فهو كمن لم يعتق ودفعت اليه القيمة ونجز العتق وقال عبد الملك يقع العتق منجزا منهما ورواه ابن سحنون عن المغيرة قال لأن الثاني ترك التقويم واستثنى من الرق ما ليس له (مسئلة) ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد اعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان الجناية لتبعيض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لاعتاقه والتقويم انما يلزم بالجناية

(فصل) وقوله فان كان له مال يبلغ ثمن العبد يريد حصة الاشتراك منه قوم قيمة عدل ومعنى ذلك

أن يكون له مال يبلغ قيمة مابقي من العبد قال فان كان له مال يبلغ بعض ذلك فقد روى القاضي أبو محمد يقوم عليه من نصيب شريكه بقدر ماله فيعتق عليه ويبقى مازاد على ذلك لشريكه على حكم الرق قال سحنون ان وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك مالم يكن تافها لاينزع مثله لغرمائه من الثوب له والفضل في قوته والشيء الخفيف قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه وذلك انه يقتضي أن مايعتق عليه باقيه بتقويم السلطان لاقبل ذلك ومعنى ذلك ان لشريكه أن يعتق حصته ان شاء وقد رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية وروى أشهب عن مالك في الموازية ولو أقام شهرا أو خمسة أشهر ساكتا كان له أن يعتق ومعنى ذلك انما يعتق عليه بالحكم لابالسراية قال القاضي أبو محمد وهو أظهر الروايتين ومعنى ذلك انه اذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا فان أراد أن يعتق فذلك له دون المبتدي بالعتق وان لم يرد المبتدىء بالعتق اتمام عتق العبد وقد قيل في المبتدىء يعتق نصيبه يعتق عليه بالسراية قاله الشيخ أبو القاسم وانه ضامن لنصيب شريكه قال القاضي أبو محمد وهو قول الشافعي والدليل على مانقوله ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق العبد فشرط في عتقه التقويم ومن جهة المعنى أن تصرف الانسان في ملكه لايسري الى ملك غيره كالبيع ولان التقويم لازالة الضرر عن الشريك انما يكون بالحكم كالشفعة وقد قال القاضي أبو محمد في معونته لايعتق بالسراية في أظهر الروايتين وهذا يقتضي رواية أخرى ان العتق يكون بالسراية ووجه هذا القول انه أعتق بعض عبد فيكمل عليه باقيه فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه له (فرع) فاذا قلنا لا يكمل الا بحكم فقد قال القاضي أبو محمد وغيره ليس للشريك أن يقول أنا أرضى ببقاء حصتي على حكم الرق ولا أريد التقويم على مبتدىء العتق. وروى البصريون عن مالك لاينظر الى قول العبد لا أريد تكميل عتق ووجه ذلك انه حق لله تعالى متعلق به فليس للسيد ولا للعبد اسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قوم عليه قيمة عدل يريد قيمة لازيادة فيها ولا نقص وفي الموازية يعتق عليه بما أفاد بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته ولو كانت أمة قومت بمالها وولدها وكذلك لو دخله عيب فانما عليه قيمته يوم الحكم قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب * قال مالك في العتبية في العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط يقوم بموضعه ولا ينقل الى الفسطاط وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في جارية بين رجل وزوجته أراد شراءها فأبت عليه زوجته فتزايدا فيها حتى بلغت ستمائة دينار فشاور المخزومي واستغلاها فقال له أعتق حظك منها ولا يلزمك الا القيمة ففعل فرفع الى ابن عمر فأمر باعادة النداء عليها فان زيد على ستمائة والا ألزمها بالستمائة فاستحسن ذلك وكان ابن أبي حازم يقول دمر المسكين دمر وقد قال مالك فيمن أعطى برأس له ثمنا ثم قتله رجل بعد ذلك يلزمه الأكثر من الثمن أو القيمة قال أبو بكر بن محمد قال سحنون لايلزمه الا القيمة (مسئلة) ولو ادعى مبتدىء العتق فيه عيبا كالاباق والسرقة وأنكر ذلك المتمسك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال لايحلف بدعواه ويقوم سالما ثم رجع فقال يحلف قال أصبغ وبه آخذ وجه القول الاول ان هذا مجرد دعوى فلا يتعلق بها يمين في عيب كالمشتري يدعي عيبا فيما اشتراه ووجه القول الثاني ان المعتق يدعي على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة ويضيف ذلك الى علمه فلا يستحق جميعها عليه الا بعد يمينه (فرع) فاذا قلنا انه لايحلف بمجرد الدعوى فأقام شاهدين فانه يقوم معيبا وان أقام شاهدا واحدا أحلف فان نكل حلف المتمسك

ماعــلم بما ذكر من العيب قاله مالك فى العتبية والواضحة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العدل يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يحلف المتمسك اذا شهد بالعيب غير العدل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقوم عليه لفظ يقتضى أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين ابتدآ بالعتق معا فانه يقوم عليهما فلو كان لاحد الشركاء نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق صاحب الثلث والسدس معا فأما مالك فى الموازية فيقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة فى اختلاف الانصباء قال سحنون وهو قول ابن القاسم وأشهب قال ابن المواز وقال المغيرة يقوم بينهما بنصفين وكان يقول بالأول ثم رجع عنه قال سحنون وبالقول الثانى قال عبد الملك ورواه ابن نافع عن مالك ووجه القول الأول أنه حق يتعلق بالمال لازالة الضرر عن الشركاء فكان على قدر الانصباء كالشفعة ووجه القول الثانى ان الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق وذلك لا يختلف بقلة السهم وكثرته فوجب أن يستويا فى ذلك (فرع) فان كان أحدهما معسرا والآخر موسرا ففى الموازية ان مالكا وأصحابه أجمعوا على انه يتم عتقه على الموسر وروى ابن حبيب عن مالك انه لا يقوم عليه الا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرا قال ابن حبيب وهو قول جميع المصريين قال ورواه سحنون عن مالك عن عبد الملك وقوم من أصحابنا المدنيين وجه القول الأول أن الموسر لو انفرد بعتق نصيبه للزمه قيمة باقى العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شئ فلم يكن لجناية المعسر تأثير كما لو انفرد كل واحد منهما ووجه القول الثانى أن الجناية موجودة منهما وهى توجب التقويم فلم يقوم على أحدهما الا على حسب ما يقتضيه الاشتراك كما لو كانا مليين (مسئلة) ولو أعتق أحدهما أولا وهو معسر ثم أعتق الثانى بعده وهو موسر ففى كتاب ابن حبيب قال مالك وجميع أصحابه لا يقوم على الثانى وقال ابن نافع يقوم على الثانى ان كان مليا وعاب ذلك ابن حبيب قال سحنون واحتج ابن نافع لذلك فقال أرأيت ان أراد المتمسك أن لا يقوم ورضى بالضرر وأبى العبد أليس ذلك للعبد يريد أن ذلك فيه حق للعبد والثانى قد أدخل فيه من تبعيض العتق ما أدخله الاول فاذا لم يكن للعبد أن يقوم على الاول لعسره قوم على الثانى ووجه قول مالك ان التقويم انما يختص بمن ابتدأ العتق ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بالرق وهذا معدوم فى الثانى لانه لم يبتدئ العتق فلا يلزمه التقويم (فرع) ومن ورث جزأ من أبيه لم يتم عليه عتقه ثم ان ابتاع مما رق منه شيأ أو وهب له أعتق ذلك الجزء فقط ولم يتم عليه باقيه قاله مالك فى الموازية وروى سحنون عن ابن نافع يقوم عليه الباقى ووجه ذلك أن الجزء الذى أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر فى الملك ولم يكن من فعله فلا يقوم عليه ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه باقيه لان ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث ولا صنع له فيه ولذلك قال الشيخ أبو محمد وذلك اذا اشترى أو قبل الهبة بعد ما ورث منه ووجه ذلك ان الميراث معنى يعتق به عليه ما ملك منه فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كما لو ابتاع جزأ فأعتقه ثم ابتاع جزأ آخر (فرع) ولو وهب له جزء ممن يعتق عليه فقبله تم عليه عتقه وان لم يقبله عتق الجزء وحده رواه ابن المواز عن مالك وقال ابن الماجشون ان قبله أو لم يقبله لا تقويم عليه ويعتق ذلك الشقص وقال ابن حبيب عن أصبغ فى الهبة ان لم يقبله لم يعتق منه شئ ووجه القول الأول انه اذا قبله فقد وجد القبول لادخال الضرر فى العتق كما لو ابتاعه واذا لم يوجد منه القبول فلم يوجد من جهته ضرر فلا يقوم عليه كما لو ورثه ووجه قول ابن الماجشون ان قبوله لا تأثير له فى رد الهبة ومنع ما وهب من العتق فلم يوجب ذلك التقويم عليه كما لو قبل ما ورث ووجه قول أصبغ ان الهبة لا تتم الا

بالقبول فاذا لم يوجد القبول لم تصح الهبة واذا لم تصح لم يعتق منه شئ

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم أعطى كل واحد منهم بقدر ماله فى العبد من القيمة التى لزمت المعتق بالتقويم وأعتق عليه العبد يريد ان العتق يكون له ومعنى ذلك ان ولاء العبد يكون له لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما الولاء لمن يعطى الورق ومن جهة أخرى وانما الولاء لمن أعتق وقد وجد منه الامر ان العتق واعطاء الورق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والا فقد عتق منه ما عتق ظاهره انه من قول النبى صلى الله عليه وسلم لا نصاله بحديثه وليس فيما ينفى ذلك وكذلك رواه مالك وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيباله فى مملوك أو شركاله فى عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتق قال نافع والا فقد أعتق منه ما أعتق قال أيوب لا أدرى أشئ قاله نافع أو شئ فى الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لانهما قد حققا الرواية ولم يشكا ومالك وعبيد الله أثبت من نافع ومن أيوب وان كان أيوب ثبتا مقدما فيه وذلك يقتضى انه يقضى بالعتق عند عدم مبتدئ العتق على من أعتق منه وهذا يمنع الاستسعاء وقال أبو حنيفة يستسعى العبد فى قيمته والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم والا فقد عتق منه ما عتق ومن جهة المعنى انه استسعاء فلم يكن لازما كالكتابة والعبد لم يحز ولاء سيده المتمسك بنصيبه فكما لا يلزمهما الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق فكذلك بعده (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان عنده من المال ما يقوم منه بعض ما بقى من العبد على حكم الرق عتق منه بقدر ذلك واسترق الباقى المتمسك بالرق ويجرى الحكم بينه وبين سيده فى عمله وغلته ونفقته على ما تقدم فى كتاب الوصايا من حكم المعتق بعضه والله أعلم (مسئلة) وهذا الحكم فى عبد مشترك فأما ان أعتق شقصا من عبده فانه يعتق عليه باقيه ووجه ذلك أنه يكمل عليه عتقه اذا كان الباقى لغيره ويزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه فبأن يكمل عليه عتقه وهو ملك له أولى وأحرى ولانه لما كان باقى العبد له كان موسرا بعتقه والله أعلم (فرع) وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية قال القاضى أبو محمد اختلف فى ذلك عن مالك فعنه فيه روايتان احداهما بالحكم والثانية بالسراية وجه قولنا يعتق عليه بالحكم انه عتق يقع على مبتدئه فثبت بالحكم كالذى يعتق حصته من عبد مشترك ووجه القول بالسراية ان العتق يبنى على التغليب والسراية فاذا بعضه فى حق نفسه سرى الى جميعه كما لو قال يدك حر أو رجلك حر ص ﴿ قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا فى العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الأسهم بعد موته انه لا يعتق منه الا ما أعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان مخيرا فى ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للوصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقى من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاقة ولا أثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذى أعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك فى مال غيره الا أن يوصى بان يعتق ما بقى منه فى ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو فى ثلث مال الميت لانه ليس على ورثته فى ذلك ضرر ﴾ ش قوله ان العبد يعتق سيده منه حصة بعد موته فانه لا يعتق عليه باقيه ان كان له مال سحنون ولا يعتق عليه نصيب شريكه قال وهو قول جميع أصحابنا وقول مالك فى موطئه ووجه ذلك ما احتج به من ان

قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا فى العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الاسهم بعد موته أنه لا يعتق منه الا ما أعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان مخيرا فى ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للوصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لأن ماله قد صار لغيره فكيف يعتق من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاقة ولا أثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذى اعتق واثبت له الولاء فلا يحمل ذلك فى مال غيره الا أن يوصى بأن يعتق ما بقى منه فى ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو فى ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته فى ذلك ضرر

المال ينتقل عنه الى الورثة بموته وليس له منه الا ماتمسك به من ثلثه ولم يتمسك الا بما أوصى بعتقه وقد قال مالك لو رتب باقي العتق فلا يعتق عليهم وهم لا يعجبوا العتق فكان ذلك بمنزلة من أعتق شقصاله من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقيه يرق والله أعلم

(فصل) ولو أوصى أن يتمم عليه في ثلثه فقد قال مالك يقوم في ثلثه و وجه ذلك انه قد تمسك بهذا القدر من ماله فلزم أن يعتق عليه فيه كالحي الغني

(فصل) وليس لشريكه أن يأبوا ذلك و يلزمهم و يلزم ورثته يريد انه اذا أوصى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه اذ الثلث يحمله ولا يكون لشريكه الامتناع منه لأنه قد لزمه أن ينفذ عتقه أو يقوم على الموصى قال سحنون للتمسك أن يعتق نصيبه ولا يقوم وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال وقال مطرف عن مالك ليس لشريكه أن يعتق و يلزمه التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه فاما قول ابن الماجشون فلان هذا مبتدىء عتق عبد مشترك فكان لشريكه انفاذ عتق حصته كما لو أنفذ عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذى رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال يعتق بالسراية قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهي وهم لا أعرفها اذا أبى شريكه فانه يعتق منه ما ملك فقط و باقي الثلث للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مخيرا في ذلك ما عاش يريد ان من أوصى بعتق شقص من عبده أو بعتق شقص له من عبد سائره لغيره فانه لا يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه سائره لان عتقه بعد لم يلزم وانما يلزم بموته من ذلك لان له الرجوع عنه في حياته (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده في مرضه كمل عليه باقيه في ثلثه ولو أوصى بعتق جزء منه بعد موته ففي تكميله روايتان احداهما وجوبه والأخرى نفيه وجه الرواية الأولى انه مختار لتبعيض العتق فلزم التقويم في ماله كما لو انفذ عتقه و وجه الرواية الثانية انها وصية بعتق بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته وحينئذ يوجد التبعيض منه بوقوع العتق وذلك وقت لا مال له لا سيما ولم يستثن منه شيأ فأشبه المعسر يعتق بعض عبد فانه لا يتمم عليه ص ﴿ قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فبت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وان العبد الذى يبت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه وذلك ان أمر المريض جائز في ثلثه كما ان أمر الصحيح جائز في ماله كله ﴾ ش وهذا على نحو ما قال ان المريض اذا أعتق جزأ من عبده فانه يعتق جميعه في ثلثه وذلك ان مات في مرضه ذلك وفرق مالك بين هذا و بين الذى يوصى بعتق ثلث عبده بان هذا قد لزمه العتق وان عاش تم عليه والذى أوصى بعتق ثلث عبده لو عاش كان له الرجوع عنه (فرع) ومتى يقوم باقي العبد الذى أعتق المريض شقصا منه روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك في الذى يعتق شقصاله من عبد يقوم عليه في ثلثه سواء عثر عليه قبل أن يموت أو بعده وقال ابن الماجشون لا يقوم عليه حتى يصح فيقوم عليه في ماله أو يموت فيعتق في ثلثه ما أعتق ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وان حمله الثلث لان التقويم لا يلزم الا في عتق يتعجل أو يتأجل الى أجل قريب لا يرده دين وهذا قد يرده الدين الا أن تكون له أموال مأمونة فيقوم عليه و يعجل له العتق قبل أن يموت و روى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم يوقف فان مات قوم عليه في ثلثه أو ما أحل منه وان كانت له أموال مأمونة قوم فيها وجه القول الأول ان ابتداء العتق

قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فبت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لأن الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وأن العبد الذى يبت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه وذلك ان أمر الميت جائز في ثلثه كما أن أمر الصحيح جائز في ماله كله

جناية فلم يمنع مرضه من مطالبته بها ولا تفوت بموته الا أنه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه ووجه القول الثانى ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق فى مرضه عبدا له فلم يحمله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا تقويم عليه والولاء للميت رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك ان الوارث انما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضررا فى الملك وقد روى مطرف عن مالك ان أعتق الوارث سهمه مما رق منه لم يقوم عليه وله ولاء تلك الحصة وان لم يقوم عليه لانه لم يبتدئ بادخال الضرر وقد تقدمه بذلك الميت كثلاثة اشراك ابتدأ أحدهم بعتق حصته وهو معسر ثم أعتق الثانى وهو موسر فلا يقوم عليه ويأتى على قول ابن نافع انه يقوم عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقد روى فى الموازية أشهب عن مالك انه ان لم يتمم عليه حين مات انه لا يتمم عليه باقيه قال سحنون فى كتاب ابنه هذا قول أصحابنا ولو مات مكانه أو أفلس وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك من أعتق بعض عبده أو سهما من عبد باقيه لغيره فلم يتمم عليه حتى أفلس فلا يتمم ما بقى كالو مات ووجه ذلك أن حق الغير قد تعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل هو أشد حالا منه لان الميت متيقن العدم والمفلس مطلوب بحقوق متقدمة ولم يدفعوه للجناية لان حق الشريك باق بيده انما أدخل عليه فيه ضرر والله أعلم وروى أشهب عن مالك فى العتبية والموازية من أعتق شقصا له فى عبد فى صحته فلم يقوم عليه حتى مات بعد ثان ذلك فانه يقوم عليه قال فى العتبية يعتق عليه جميعه من رأس ماله قال سحنون فى كتاب ابنه لا يقوم عليه قال أشهب فى الموازية لأن هذا حق قد ثبت لشريكه ولم يفرط ولو طال ذلك لم يقوم فى رأس مال الميت ولا ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب وقال هو كالمتمتع يموت ولم يهد فان لم يفرط أهدى عنه من رأس ماله وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو بخلاف معتق بعض عبده فانه لا يتمم عليه باقيه وان مات بعد ثانه ووجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصة من عبده وبين من أعتق حصة من عبد لغيره باقيه ان العتق عمل يد فاذا جاز أن يتمم عليه لغيره فبأن لا يتمم عليه من ماله أولى ألا ترى أن المعسر يتمم عليه عتق عبده ولا يقوم عليه حصة غيره ووجه قول الجماعة ان حق الغير متعلق بماله بجنايته عليه فيلزم أداؤه من رأس ماله فى مرضه وبعد موته الا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضى التسليم والترك فلا يبقى الا حق البارى تعالى فى تتميم العتق فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصة من عبده والله أعلم قال سحنون وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتمم عليه عتق عبده انه لا يتمم عليه بعد موته وان عثر على ذلك فى مرضه فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فمن أعتق بعض عبده أو نصيبا من عبد لغيره باقيه أعتقه فى صحته فعلم بذلك فى مرضه فانه يقوم عليه باقيه فى ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فمن أعتق بعض عبده فى صحته وقيم عليه وهو مريض فانه ان صح عتق عليه كله وان مات فالباقى فى ثلثه وخالفه ابن الماجشون فقال ان قيم عليه فى مرضه فلا يقوم عليه ان مات وجه القول الاول انه وجد منه فى حال صحته ما يلزمه العتق فى المستقبل فكان ذلك فى حياته من رأس ماله وبعد موته من ثلثه ووجه القول الثانى وهو المشهور ما تقدم (فرع) فاذا قلنا انه يتمم على المريض العتق فقد روى ابن المواز عن أصبغ اذا أعتق شقصا من عبد لغيره باقيه فلم يقوم عليه حتى مرض يحكم بالتقويم الآن يوقف المال حتى يعتق ما حمل الثلث من تلك القيمة التى كانت فى المرض ان مات مبدأ على جميع الوصايا وما أعتق أولا فمن رأس ماله وان صح لزمته القيمة

وروواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا يقوم فى مرضه وليوقف أبدا حتى يموت فيعتق مابقى فى ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله الا أن يعتق الشريك وجه القول الاول ان القيمة انما تلزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم متوقف لتجويز الصحة والموت فان صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله وان مات لزمت فى ثلث ماله وجه القول الثانى انه اذا لم ينفذ العتق الآن فلا معنى لتعجيل التقويم والله أعلم وأحكم

﴿ الشرط فى العتق ﴾

ص ﴿ قال مالك من أعتق عبداله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل مايشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله فى عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق ﴾ ش معنى ذلك ان من بتل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له فى هذا العتق ان يشترط عليه عملا لان ذلك بمنزلة ان يبقى عليه شيأ من الرق وذلك يخالف المال المشترط عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فيمن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شئ عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الىّ وروى فى العتبية يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لعبده أنت حر على ان عليك خمسين دينارا ان العبد مخير ان شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غريما فلا عتاقة له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الاول ما احتج به ابن المواز انه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كما له أن يلزمه ذلك لغير حرية فلم يزد ذلك الحرية الا صحة واحتج لذلك أصبغ بان له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم فى متابعة سعيد ان العتق قد أوقعه فيلزمه لانه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من انه ليس للسيد أن يشغل ذمته الا برضاه ألا ترى انه لو كاتبه على ماليس عنده لم يلزمه الا برضاه (مسئلة) وأما ان شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل ان يقول أنت حر على أن تخدمنى سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما ان كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم ان قال لعبده أنت حر واخدمنى سنة فهو حر ولا شئ عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقنى قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع ابقاء شئ من الرق وذلك متناف ينفذ العتق ويبطل ما أبقى من الاسترقاق لأن العتق مبنى على التغليب والسراية وليس كذلك الدين فى ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الاحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذمم العبد فلا ينافى الحرية بل اذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر أكد الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك للعبد وأما قوله أنت حر على ان عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى الىّ كذا فقال هذا

﴿ الشرط فى العتق ﴾ * قال مالك من أعتق عبداله فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حريته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل مايشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله فى عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق

لايعتق حتى يؤدى ويقبل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذى قال له على أن عليك علق العتق بشئ يتعجل وهو ثبوت الدين فى ذمة العبد والذى قال على ان تؤدى الى أوعلى ان تعطينى علق العتق بشئ لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف وربما تعجل الأمد البعيد وربما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لأمته أنت حرة على أن تسلمى فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أبت لا حرية لها كقوله ان شئت وليس كقوله أنت حرة على ان تنكحى فلانا ثم تأبى ان العتق ماض فى هذه والفرق بينهما أنها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسلمة كقوله على أن عليك عشرة دنانير وقوله على أن تنكحى فلانا فانما اشترط عليها عملا تعمله بعد تمام العقد يصح ان يتأخر الزمن الطويل وهو اباحة بعضها وقبول الزوج فكان بمنزلة ان يشترط عليها عملا أو خدمة أو بمنزلة قوله أنت حرة على أن لا تفارقينى فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبى الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد * قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رجلا فى إمارة أبان بن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذى وقع عليه السهم ﴾ ش هذا الحديث مرسل وقد أسند من حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم من رواية اسماعيل بن علية عن أيوب عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة عبيد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين ورق أربعة وقال له قولا شديدا وأخرجه من حديث الثقفى عن أيوب أن رجلا من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر رواه ابن علية وحماد عن أيوب ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين قال ابن سحنون عن أبيه وروى عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم بين الستة الاعبد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تدخل القرعة فى العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى فى بقية قيمته فاذا أداها الى الورثة عتق والدليل عليه الحديث المتقدم ويقتضى العتق بالقرعة وفى ذلك أدلة أحدها حكم بالقرعة وأبو حنيفة ينفيها والثانى انه قال فأعتق اثنين ورق أربعة وعند أبى حنيفة لا يكمل عتق أحدهم ولا يرق جميع أحدهم وانما يعتق ثلث كل واحد منهم ثم يستسعى ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق جميع عبيده اذا كانوا جميع ماله فاذا فعل ذلك لم يعتق الا ثلثهم واحتيج الى القرعة لتميز الثلث والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أعتق ستة أعبد له عند موته قال سحنون قيل بتلهم وقيل أوصى بهم فنحن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق فى المرض أو الوصية فى جملة بعتقهم يضيق ثلثه عنهم وكذلك فى المجهولين من جملة رقيق اذا كان فى مرضه أو وصيته ولا يسهم بين المدبرين فى الصحة لانا لا نعدوا

﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

* حدثنى مالك عن يحيى ابن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبى الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد * قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم * وحدثنى مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن رجلا فى امارة أبان ابن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الاثلاث فعتق الثلث الذى وقع عليه السهم

ما جاء فيه الخبر ويحتمل أن يريد بقوله أعتق عبيدا له عند موته أن يعتقهم لتقع حريتهم بموته فيحتمل قول سحنون فقيل بتلهم وقيل أوصى بعتقهم بينهم يريد بذلك انه قد بلغته الروايتان من وجه يجوز له التعلق بها فحملها على قصتين أو على قصة ثبت فيها حكمان لا يتنافيان فيحمل عليهما (مسئلة) فأما الوصية بعتقهم فلا خلاف يعلم فى المذهب فى انه يقرع بينهم بالسهم وأما ان بتلهم فى المرض فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه يقرع بينهم ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو زيد وأصبغ والحارث يعتق من كل واحد منهم بغير سهم وانما السهم فى الوصية وانما وجب الاختلاف فى هذا لاختلاف لفظ الحديث ففى حديث عبد الوهاب ان ما حكم فيه النبى صلى الله عليه وسلم بالقرعة انما كان فى وصية الانصارى بعتق ستة أعبد له وروى اسماعيل بن علية وحماد بن زيد انه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل ايقاع العتق بالقرب من وقت موته وظاهره حال المرض ويحتمل أن يريد به بعد موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق فى المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية ووجه القول الثانى انه عتق لا رجوع له فيه كالعتق فى الصحة (فرع) فاذا قلنا ان القرعة تستعمل فى العتق فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع انه لا يسهم فى الرقيق فى العتق اذا كان للمالك شئ من مال وأما السهمان اذا لم يكن للمالك الا ذلك الرقيق فقط وقال ابن نافع وانما أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الرقيق الستة الذين أعتقهم ربهم عند موته لانه لم يترك مالا غيرهم قال ابن مزين وسمعت مطرفا يقول مثل ذلك فقلت له هو قول مالك فقال هو الذى لا يعرف غيره وهو الذى روى ابن المواز عن ابن القاسم ان القرعة لا تكون الا لمن قال فى وصيته رقيقى أحرار ولم يدع مالا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان بتلهم فى مرضه أو بتل بعضهم أو أوصى بعتق بعضهم فلم يحملهم الثلث فليقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك انه يسهم بينهم اذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضى ان له مالا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث اسماعيل بن علية وحماد بن زيد أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى انه اذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم يدخل التبعيض فى عتقه لانه قصد الاجمال فانما يحتاج الى القرعة ليتميز من يجوز عتقه ممن لا يجوز عتقه لحق الورثة وان كان له مال فقد قصد التبعيض لانه لم يخرج بالعتق من جميع ماله فاذا أعتق ثلث كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعيض ووجه القول الثانى التعلق بلفظ حديث مالك وليس فيه انه لا مال له غيرهم فجعل علة القرعة انه أعتقهم عند موته وظاهره حال المرض أو الوصية فانما يعتبر فى ذلك الثلث والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال ثلث رقيقى أحرار ثبت فى ذلك حكم القرعة ولو قال ثلث كل واحد من رقيقى حر لم يقرع بينهم لانه قد ميز نصيب العتق من نصيب الرق وبين انه قصد التبعيض قاله القاضى أبو محمد ولو قال فى وصيته أعتقوا عبدىّ فى ثلثى أو ما حمل ثلثى منهما فقد قال ابن كنانة لا قرعة فيهما ويعتق منهما بالحصص محمل الثلث وقال عيسى عن ابن القاسم ذلك سواء وفيه القرعة ووجه قول ابن كنانة ان اضافة ذلك الى الثلث مخالف لاطلاق اللفظ لانه اذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعيض واذا أضاف ذلك الى الثلث قصد التبعيض فلم يحتج الى القرعة ووجه قول ابن القاسم ان العتق تناول جملتهم دون تبعيض العتق فيهم ولا يتميز ما يعتق من كل واحد فلزمت القرعة لتمييز ذلك (فرع) وقال سحنون يفترق عندنا على حكم التسمية من غيرها فاذا قال ميمون ومرزوق حران تحاصا فى ضيق الثلث وان قال عبداى حران أو غلمانى أحرار أقرع

بينهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء سماهم بأسمائهم أو قال رقيق كلهم أحرار أو ثلثهم فانه يسهم بينهم كما جاء الخبر قال وكذلك قال لى أصبغ عن ابن القاسم وجه قول سحنون أن التسمية تقتضى أن لا يتعدى أحد ممن سمى من العتق لاختلاف أسمائهم التى نص عليها فلا يعلوا اسم من تلك الأسماء من تناول العتق لاختلاف أسمائهم التى نص عليها واذا لم يسمهم وعلق العتق على العبيد فان عتق بعضهم لا يحل بعتق من علقه عليه لانه أوصى بعتق عبيده واذا أعتق بعضهم بالسهم فقد تناول العتق من يقع عليه هذا الاسم ووجه القول الثانى ان لفظ العبيد اذا أضيف اليه تناول كل عبد له فكان ذلك بمنزلة أن يسميهم فاذا كان السهم يجرى فى عتقه عبيده فكذلك اذا سماهم والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال أعتقوا ثلاثة من رقيق أو عشرة وهم خمسون أو عشرون فقد قال ابن المواز يجعل ذلك العدد جزأ من الجملة ووجه ذلك أن العدد من الجملة اذا لم يتعين فهو كالجزء منها فوجب أن يكون حكمه حكمها (فرع) واذا سمى عددا فهلك بعضهم فقد قال ابن المواز يكون ذلك العدد جزأ من الباقى وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه سواء سمى جزأ أو عددا فانه يعتق ممن بقى مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصى بخمسة وجميعهم ثلاثون فيموتون الا خمسة فانه يعتق سدسهم ووجه قول ابن المواز أنه ان أمر أن يعتق خمسة من رقيقه وهم ثلاثون فاتوا الا عشرة أعتق نصفهم ان الخمسة نصف ما بقى وكذلك حتى لا يبقى الا خمسة أو أقل فيعتق جميعهم وأما الاعتبار على هذا القول فبقدر التسمية من الجملة حين الحكم وعلى قول ابن الماجشون الاعتبار بالتسمية وقدرها من العدد يوم الوصية (مسئلة) ومن أعتق فى صحته فقد قال مالك وابن القاسم وغيره لا يسهم فى عتق الصحة ومعنى ذلك أن يعتق جميع رقيقه فى صحته لان ذلك ينفذ ولا يرد عتق أحد منهم وقال سحنون وقد قال بعض أصحابنا عن مالك فيمن أعتق فى صحته رأسا من رقيقه فلم يعينه حتى مات وهم أربعة انه يعتق ربعهم بالسهم وقيل يكون الخيار لورثته فى عتق أحدهم (مسئلة) واذا أردت القرعة بين الرقيق فان انقسموا على ثلاثة أقسام معتدلة قسمتهم على ذلك وتأخذ ثلاث بطائق فيكتب فى كل بطاقة أسماء من فى الجزء من العبيد وتلف كل بطاقة فى طين بحضرة العدول وتعطى لمن يدخلها فى كمه من صغير أو كبير ثم يخرج واحدة فتفض فيعتق من فيها رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان لم يعتدل الرقيق فى القسمة على أجزاء الثلث فانه يكتب اسم كل عبد فى بطاقة قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم وتكتب قيمته مع اسمه فمن خرج سهمه عتق ان حمله الثلث والا فما حمل منه ورق باقيه وان كان أقل من الثلث أعيد السهم حتى يستوفى الثلث وروى مثل ذلك كله فى المدنية عيسى عن ابن القاسم

﴿ القضاء فى مال العبد اذا عتق ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما أولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة أولادهما لان السنة التى لا اختلاف فيها أن العبد اذا أعتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وأن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم تؤخذ أولادهما لانهم ليسوا

﴿ القضاء فى مال العبد اذا عتق ﴾

* حدثنى مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما أولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة أولادهما لأن السنة التى لا اختلاف فيها ان العبد اذا أعتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وان المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد والمكاتب اذا أفلسا اخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم تؤخذ أولادهما لأنهم ليسوا

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد اذا بيع واشترط الذى ابتاعه ماله لم يدخل ولده فى ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد اذا جرح أخذهو وماله ولم يؤخذ ولده ﴾ ش قوله مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيده انتزاعه منه اذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيأ منه لان لفظ العتق لم يتناول ماله وانما قوى ملكه له بخلاف البيع فانه وان كان لا يتناول أيضا الا العبد دون ماله فانه يخرج الى مالك له من انتزاع ماله ماللأول فكان الأول أحق به لان بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لان الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انفاذ عتقه ان كان العتق معجلا وان كان مؤجلا بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه مالم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فمن أعتق عبده الى أجل كان له انتزاع ماله مالم يقرب الأجل فكذلك ورثة المعتق الى أجل (مسئلة) وأما الموصى به الى أجل لرجل ففى العتبية من سماع ابن القاسم ان مال العبد للموصى له برقبة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفى الموازية من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله فى وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن الا فى عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم فى الوصية وجه رواية ابن القاسم فى الوصية انها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهى رواية أشهب عن مالك فى العتبية انه أخرج العبد الى مالك فلم يتبعه ماله كالو وهبه (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على مذهب ابن القاسم ان الهبة انما ينتزع المال الواهب ويقول لم أرد اتباع العبد ماله وأما فى الوصية فانما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك فيمن وهب عبده للثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فان ماله لا يتبعه وقال القاضى أبو محمد لم يختلف قول مالك فى العتق انه يتبع العبد ماله وفى البيع انه لا يتبعه واختلف عنه فى الوصية به وهبته لغير عوض والتصدق به واسلامه فى الجناية فعنه فيه روايتان احداهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وانما اختلف قوله فى ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق فمن قال ان فى البيع اخراجا عن مالك بعوض فلذلك لم يتبعه ماله وفى العتق أخرجه الى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال انه يتبعه ماله فى الوصية والهبة والصدقة لانه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال فى الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجه عن ملكه بعوض ومن علل فى البيع انه أخرجه عن ملكه الى مالك فلذلك يتبعه ماله وفى العتق أخرجه الى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفى الصدقة والهبة والجناية والوصية لانه أخرجه من ملكه الى مالك كالبيع

(فصل) وقوله ومما يبين ان العبد اذا أعتق تبعه ماله ان المكاتب يتبعه ماله لان عقد الكتابة هو عقد الولاء يريد انه عقد يقتضى ثبوت الولاء كالعتق وهو بمعنى قولنا انه خرج العبد عن ملكه الى غير مالك فهذا حكم العتق والكتابة وان افترقا فى أن الكتابة عتق بعوض وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض وهذا يدل على أن التعليل الصحيح من ذلك انه خارج الى غير مالك ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم وأما الكتابة فحق تعلق بعين العبد بنقله الى مالك من غير عقد فتبعه ماله كالوراثة والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد لان الولد بمنزلة الرقبة لا بمنزلة

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان العبد اذا بيع واشترط الذى ابتاعه ماله لم يدخل ولده فى ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان العبد اذا جرح أخذهو وماله ولم يؤخذ ولده

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبة ولده وماله ملك له ولذلك اذا أعتق بقي ماله على ملكه وبقي ماله على ملك سيده على حسب ما كان عليه قبل العتق والكتابة وهذا في العتق البتل وكذلك المعتقة الى أجل فيما ولدته قبل العتق فأما ما ولدته بعد العتق فحكمه حكمها لانه حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبرة فبمنزلة ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك انه ولدته بعد عقد لازم بحريتها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق الى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أو لفلان فما ولدته قبل موت الموصي فرقيق لورثته لاتتعلق به الوصية وما تلده بعد موته فحكمه حكم أمه رواه ابن عبدوس عن مالك ووجه ذلك ما أشار اليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم وهو بعد الموت لازم (مسئلة) ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا فولدت بعد اليمين وقبل الحنث فهو بمنزلتها قاله مالك وأما ما ولدته قبل اليمين فلا تتعلق به اليمين ومعنى ذلك أن العتق قد تعلق بها تعلقا لازما لايخرج عنه الا بعمل وتكلف فكان ولدها بمنزلتها والله أعلم وأحكم

(فصل) قال مالك ومما يبين أن الولد مخالف لمال العبد ان العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم يؤخذ أولادهما يريد انه لاتعلق لذمته بولده وذلك يدل على أنه ليس بماله ولو كان من ماله لقضى منه دينه قال وكذلك لو شرط المبتاع ماله لم يكن له ولده يريد ان الولد لايتناوله اسم المال ولا حكمه

(فصل) وقوله وكذلك العبد اذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده على ما قدمناه من أن المال يتبع العبد في الجناية وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد أنه لايتبعه على احدى الروايتين وقد تقدم بيانه والله أعلم وأحكم

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فاذا مات فهي حرة ﴾ ش قوله أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها ولا يهبها ولا يورثها وكذلك لايجوز له أن يسلمها في جناية ولا سبيل لغرمائه عليها في فلس يريد أنه لايصح اخراجها عن ملكه لان ما ذكر من ذلك هو معظم الوجوه التي يخرج بها الرقيق عن ملك السيد فاذا لم يصح اخراجها عن ملكه ببيع ولا غيره لم يكن له الا ابقاؤها على ملكه أو تعجيل عتقها وعلى هذا فقهاء الأمصار وقد تقدم الكلام في ذلك في النكاح بما يغني عن اعادته (مسئلة) واذا أسلمت أم ولد الذمي عرض عليه أن يسلم فان أسلم فهي أم ولد على ما كانت وان لم يسلم ففي الموازية تعتق عليه بالحكم وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره وفي كتاب ابن سحنون عن مالك في ذلك روايتان قال تعتق ثم قال توقف الآن يموت أو يسلم ثم رجع الى العتق وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان أنفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم فتكون أم ولد وقال ابن عبد الحكم توقف حتى تحيض حيضة فان أسلم فيها والا عتقت وجه القول الأول بتعجيل عتقها انه انما له فيها الاستمتاع فاذا حرم عجل عتقها الى أن يرى ان المعتق الى أجل اذا وهبه سيده خدمته عجل عتقه لما لم يبق له فيه تصرف ووجه القول الثاني انه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأبيد وانما حرم لسبب يمكن زواله كالوزوجها والله أعلم (مسئلة) وأما المرتد فقد قال أشهب قد عتقت أم ولده

بالردة فلا ترجع اليه كفراقه زوجته وقال ابن القاسم تحرم عليه بالردة فان تاب رجعت أم ولده وان قتل عتقت رواه ابن المواز عنه ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق ووجه قول ابن القاسم انها ملك له فلا يزول ملكه عنها بردته وانما يبقى مراعاة لسائر رقيقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ويستمتع بها يريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها لان اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته ولم يذكر أن له استخدامها وقال القاضي أبو محمد في معونته له استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال في الاشراف ليس له اجارتها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله انه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاد فلم يملكه بعده كبيع رقبتها

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الا معنى يختص به وهو الاستمتاع وذلك محرم فيها على غيره بملك اليمين فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسئلة) واذا اشترى السفيه المحجور عليه أمة فأولدها رد عليه ما أعطى من ثمنها وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها ﴾ ش الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فمؤثر في انجاز العتق وأما الخطأ فليس بمؤثر فيه وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده بسوط في أمر عتب عليه فيه ففقأ عينه قال لا يعتق عليه قال ابن القاسم وانما كان يعتق ما كان على وجه العمد لا على وجه الخطأ يريد أن يقصد فقء عينه وأما ان قصد ضربه فأخطأ فأصاب عينه ففقأها فلا يعتق عليه قال سحنون ومن ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينيه فليس بمثلة يعتق بها ووجه ذلك ما قدمناه من انه لم يقصد الى ذلك وانما قصد الضرب والله أعلم

(فصل) وقوله وأما العمد وهو القصد الى اتلاف عضو أو احداث ما يتولد عنه الشين فهو على ضربين ضرب يبلغ بالعمد شيناً فاحشاً فهذا يعتق به العبد على فاعله المالك له وان لم يبلغ ذلك لم يعتق به فانما يعتق عليه باجتماع أمرين العمد وبلوغ الشين الفاحش قال عيسى بن دينار ورواه ابن المواز عن أشهب وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه عبده في شيء من ذلك وتعلق أصحابنا في ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من مثل بعبده عتق عليه ولم أره من وجه صحيح والله أعلم وروي سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده انه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلاماً له فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد يعتق عليه زجراً عن معاودة مثله كالقاتل عمداً يمنع الميراث (فرع) ومن أبق عبده فوسم في وجهه أو جبهته كتب فيه أبق ربد بنار فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ يعتق عليه قال أصبغ فأما لو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده فانه لا يعتق عليه ومعنى ذلك لما في الوجه من التشويه البين وأما في الذراع أو باطن الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش فافترقا لذلك وأما لو وسمه في وجهه بمداد أو ابرة على ما يفعله الناس فقد قال عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب يعتق عليه قال أشهب لا يعتق عليه ووجه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه وتغيير الخلقة الظاهرة ووجه قول أشهب انه مما يفعله الناس على وجه الجمال مع ما فيه من قلة الألم وقلة الشين وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ من وسم وجه عبده عمداً عتق عليه ولم يفرق بين نار وغيرها (مسئلة) ومن قطع

* وحدثني مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها

من عبده عضوا اليد أو الرجل فقد روى أشهب عن مالك من عمد لقطع أنملة أو طرف أذن أو أرنبة أو قطع بعض الجسد فانه يعتق عليه ويعاقب قال أشهب ويسجن وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ من قطع طرف أنملة عبده أو قطع ظفره أو شرف أذنه أعتق عليه ووجه هذا كله انه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقة وشين فيعتق عليه (فرع) وهذا فيما يبين من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن سحنون عن أبيه وأما ما يعود من الجراح فليس بمثلة وهذا القول والله أعلم فيما عاد على غير شين وأما ما عاد على شين فاحش فقد تقدم فيه القول فى حرق النار وأما قطع العضو فهو شين فى نفسه فلا يحتاج من الشين الى أكثر من ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما قلع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك انه مثلة توجب العتق وكذلك قال ابن القاسم فى جل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان قلع ضرسه أو سنه عتق عليه وقال أصبغ لا أرى ذلك الا فى جل الأسنان أو الاضراس وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة فلا وجه قول ابن الماجشون ان السن الواحدة بعض عضو كالأنملة ووجه قول أصبغ ان السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص عضو وانما هو عظم عار (فرع) ومن سحل أسنان عبده فقد روى عن مالك انه يعتق عليه لما فى ذلك من نقص الأعضاء لأن سحل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها وأما ان سحل له سنا واحدة ففى الموازية عن عيسى بن دينار انه يعتق عليه وقال أصبغ لا يعتق عليه فى السن الواحدة وشأنها خفيف وعلى قول عيسى هذا من قلع له سنا واحدة يعتق عليه (مسئلة) وأما حلق الرأس واللحية فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك فى حلق الرأس واللحية ليس ذلك بمثلة فى عبد ولا أمة قال ابن المواز عن ابن وهب يؤدب من فعل ذلك بعبده أو حلق رأس جاريته على وجه الغضب * قال مالك من رواية ابن الماجشون الا ان يكون العبد التاجر النبيل الوجيه اللاحق بالاحرار فى هيئة يحلق سيده لحيته والأمة الفارهة الرفيعة يحلق سيدها رأسها فانها مثلة ووجه ذلك ان هذا شعر وليس فى ازالته ألم وانما هو جمال فاذا كان العبد الوغد والأمة التى لا خطر لها فليس ذلك بمثلة فى حقها لضعتها وأما العبد النبيل الذى قد عظم قدره أو الجارية التى لها قدر رفيع لا تصلح للامتهان فان ذلك مثلة فى حقها فمن بلغه منهما عتقا عليه (مسئلة) ومن عض جسد جاريته فقد قال مالك فى امرأة عضت لحم جاريتها وأثرت بذلك أثرا شديدا اتباع عليها قال أشهب ولو عضها لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيأ من جسدها أو يبين منه ووجه ذلك ان هذا ليس فيه شين ولا قطع عضو فلا تعتق بذلك ولما كان فيه من الألم الشديد والتعذيب يبعت عليه لازالة الضرر عنها قال أشهب وذلك لمن تتابع منه فان من كانت هذه منه فلتة فلا اتباع عليه (مسئلة) وأما الجلد السرف فقد قال أصبغ ليس فيه مثلة وفى العتبية من سماع أبى زيد عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده فانهكه فانه لا يعتق عليه الا أن يبلغ منه ما يكون مثلة شديدة مثل ذهاب لحمه وربما أكل لحمه لذلك وبقى جلده على عظم فيعتق عليه وروى ابن المواز عن أصبغ ومثل ان يحلو يؤدب من ضربه وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة قال ابن القاسم ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق (مسئلة) ومن حلف ليضربن عبده مائة سوط فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قد أساء ويترك واياه فان ضربه بر ولو كانت أمة حاملا فقد قال ابن الماجشون يمنعه السلطان من ضربها وهى حامل فان ضربها بر فى يمينه وأثم عند ربه وان حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه وقال أصبغ أرى المائة مما فيه العطب فليعجل

عتقه وجه القول الاول ان هذا احد ولو كان يخاف منه الهلاك لماحد به من يراد استبقاء حياته فلذلك مكن من ضربه وانما يمنع من الضرب الذى يخاف عليه منه وجه القول الثانى ما احتج به أصبغ انه قدر يخاف عليه منه العطب فلا يمكن من ضربه وليعجل عتقه

(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثلة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق الا بالحكم وقال أشهب بالمثلة يصير حرا وان مات السيد قبل ان يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلة المشهورة لا شك فيها فهو حر بنفس المثلة وأما ما يشك فيه فلا يعتق الا بحكم كالايلاء البين فأجله من وقت اليمين وأما ما يدخل عليه بسبب فمن يوم الحكم قال القاضى أبو محمد وجه الرواية الأولى أنه فعل يستحق به العتق الى حكم كتبعيض العتق ووجه الرواية الثانية انه معنى يوجب عتق عبد معين فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التى أعتقها عمر بن الخطاب تعمد سيدها ضربها بنار أثرت فى جسدها شينا فاحشا فحكم بحريتها ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم باخراجها عن يده وتمليكها أمرها والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن مثل بعبده أو امرأته فادعى الخطأ وادعى العبد أو المرأة العمد قال سحنون فى العتبية القول قول العبد والمرأة قال ثم رجع فقال القول قول الزوج والسيد حتى يظهر العداء وجه القول الاول انه ضربه عمدا وانما راعى انه لم يقصد المثلة ولم يأذن له العبد ولا المرأة فى ذلك الضرب فكان ما تولد منه محمولا على العمد ووجه القول الثانى انه ابتداء عمل مباح فلم يضمن جنايته الا ان يثبت تعمده كالطبيب (مسئلة) وأما ان مثل الذمى بعبده النصرانى ففى كتاب ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثلة ولو كان معاهدا حربيا لم يعتق عليه وقال ابن القاسم لا يعتق على الذمى الا ان يمثل به بعد ان أسلم العبد وقاله سحنون فى العتبية ووجه قول أشهب انه تلزمه أحكام الاسلام فى التظالم كالمسلم ووجه قول ابن القاسم انه حكم يختلف باختلاف الشرائع فوجب أن يحملوا فيه على شريعتهم وان كان العبد مسلما غلب حكم الاسلام (مسئلة) واذا مثل السفيه بعبده فقد روى ابن المواز عن أصبغ قال ابن القاسم يعتق عليه وبه قال ابن وهب وأشهب ثم رجع ابن القاسم فقال لا يعتق عليه وكذلك روى عنه يحيي بن يحيي فى العتبية وابن حبيب فى الواضحة وجه القول الاول انه فعل يثبت به الحكم فكان حكم السفيه فيه حكم المالك لأمره كالاستيلاد ووجه القول الثانى ما احتج به ابن القاسم ان كل من لا يجوز عتقه فلا يعتق عليه بالمثلة كالصغير ومن يجوز عتقه فهذا الذى يعتق عليه بالمثلة (مسئلة) واذا مثلت ذات الزوج بعبدها فقد قال ابن وهب فى العتبية يعتق رضى الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق اذا كان أكثر من الثلث رواه عن ابن القاسم وكذلك اختلفوا فى المديان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد والحر يحيط الدين بماله بالمثلة ورجع ابن القاسم الى انه لا يعتق بالمثلة على العبد ولا على المديان ولا على السفيه وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم فى المريض يمثل بعبده انه يعتق عليه فى ثلثه فان صح ففى رأس ماله وأصله ما تقدم (فرع) اذا قلنا ان السفيه ان مثل بعبده يعتق عليه فقد روى العتبي عن ابن وهب يعتق عليه بالمثلة ولا يتبعه ماله وروى ابن المواز عنه يتبعه ماله وجه القول الأول أنه انما أعتق عليه بالمثلة وذلك لا يتعدى الى ماله ووجه القول الثانى انه عتق لم يستثن فيه المال فتبع العبد كالعتق المبتدإ يقع ممن يبتدئ حريته (مسئلة) ومن مثل بعبد من له حق فى ماله ففى الموازية لمالك من مثل بعبد لعبده أو لأم ولده أعتق عليه ومن مثل بعبد ابنه الصغير أعتق عليه وغرم القيمة ومن

مثل بعبدل وجنه غرم مانقصه الا أن تكون مثلة مفسدة فانه يعتق ويوفى القيمة كعبد الأجنبي

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وانه لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقة المولى عليه فى ماله وان بلغ الحلم حتى يلى ماله ﴾ ش وهذا كما قال ان من أحاط الدين بماله فانه لا يبتدئ عتق عبده فان فعل ذلك وأعتق عبده فان للغرماء رد ذلك بحكم حاكم وليس لهم رده دون الامام فان ردوه وباعوه ففى الموازية يرد الامام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم الى الحالة التى كانوا عليها ثم ينظر فى أمرهم فان كان متصل العدم رد عتقهم ووجه ذلك انه حكم بين الغرماء والعبد فليس له امضاؤه والنظر فيه وانما يمضيه دونهم (مسئلة) وان أمسك الغرماء عن القيام فى ذلك بعد العتق قال ابن عبد الحكم ان قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع وهو فى البلد وقالوا لم نعلم فذلك لهم كانوا رجالا أو نساء حتى تقوم بينة انهم علموا وأما فى أكثر من أربع سنين فلا يقبل منهم وقال مالك فى الموازية استحسن انه اذا طال الزمان حتى يوارث الأحرار وجازت شهادته ونحوه قال ابن القاسم يريد أن يشتهر بالحرية ويثبت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يمنع من ذلك الغرماء فان ذلك محمول على الرضا بعتقه وقال أصبغ ان ذلك انما هو فى التطاول الذى لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر ولو تيقن بشهادة قاطعة انه لم يزل عديما متصل العدم مع غيبة الغرماء ومن غير علمهم فانه يرد عتقه ولو ولد له سبعون ولدا (فرع) ولو قال الغريم فى ثلاث سنين وأربع علمت بعتقه ولم أنكره لما اعتقدت أن الدين لا يحيط بماله فقد قال ابن عبد الحكم لا ينفعه ذلك وينفذ عتقه وقال أصبغ عن ابن وهب لا يرد لدين هذا الغريم فان كان معه غريم غيره رد ذلك الغريم ودخل معه هذا قال أصبغ بل يرد لهذا الغريم وان كان وحده (مسئلة) وان أيسر المعتق ثم قام عليه الغرماء وقد أعسر فقد قال مالك لا يرد عتقه ولو رد الامام عتقه ثم أيسر السيد قبل بيعه لعتق رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك فى كتاب ابن سحنون قال وليس رد السلطان برد حتى يباع مالم يقسم بين الغرماء أو لم يفت ذلك وقال ابن نافع لا أعرف هذه الرواية والذى أعرف ان رد السلطان رد للعتق وان لم يبع فى الدين فلا يعتق بعد ذلك وان أفاد مالا وجه الرواية الأولى ان رد السلطان ليس بحكم وانما هو توقيف ونظر ولو ماتوا لكانوا من السيد فاذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره وتوفيته العتق ووجه قول ابن نافع أن حكم السلطان فى ذلك حكم برد العتق واثبات الملك ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان الغرماء لان العتق لهم رد (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فرد السلطان عتق الرقيق فليس للسيد الوطء وله استخدامهم فان أفاده مثل دينه عتقوا وان أفاد أقل من ذلك فان كان العتق فى كلمة بيع منهم ما بقى بالحصص وان أعتقهم واحدا بعد واحد بيع الآخر وأعتق من بقى كمن أعتق وله وفاء ببعض دينه قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو قال عبدى يخدم فلانا سنة ثم هو لفلان فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للغرماء رده حتى تنقضى السنة ويخلص للثانى بتلا فحينئذ يكون للغرماء رده واجازته وهذا يقتضى ان منافعه لا اعتراض للغرماء فيها ولا تتعلق حقوقهم بها وانما تتعلق برقبته

(فصل) وقوله ولا يجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يريد ان الصغير الذى لم يبلغ سن الاحتلام لا ينفذ عتقه لعبده ولو أجازه الولى ووجه ذلك انه غير مكلف كالمجنون

(فصل) وقوله يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يجوز أن يكون على وجه الشك من الراوى ويحتمل أن يريد

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله وأنه لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقة المولى عليه فى ماله وان بلغ الحلم حتى يلى ماله

أن يكون به علامات الاحتلام موجودة وهى الانبات أو السن وذلك أن الحكم اذا كان بين الصبي وغيره من الآدميين ووجدت به علامات البلوغ حكم له بحكم الرجال البالغين وذلك أن يوجد قد أنبت

(فصل) وقوله ولا تجوز عتاقة المولى عليه فى ماله وان بلغ الحلم يريد أن السفيه لا يجوز عتقه لا سيما اذا كان مولى عليه ممنوعا من التصرف فى ماله لان ذلك حكم برد أفعاله وأما ان كان غير مولى ففى العتبية والموازية عن مالك فى السفيه يلى ماله أنه يجوز عتقه وروى زياد عن مالك ان البين سفهه أفعاله جائزة حتى يحجر عليه وهذا قول أصحاب مالك الا ابن القاسم فانه قال فى الذى سفهه بين يحجر على مثله لا يجوز أمره وجه قول مالك بانه غير محجور عليه فجازت أفعاله كالرشيد وذلك ان عدم الحجر حكم باطلاقه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ان حاله حال من يحجر عليه وانما أخطأ الحاكم فى ترك الحجر عليه وذلك لا يبيح ماله (مسئلة) فاذا قلنا ان عتق المولى عليه غير جائز فقد قال مالك فى الموازية انه لا يجوز عتقه وان أجازه وليه ووجه ذلك انه ليس لوليه اتلاف ماله فاذا رشد فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم له رده اذا رشد كالصبي وقال ابن القاسم اذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد فى يده لم يلزمه عتقه وان كان زال عن يده وولى نفسه فتركه وأمضى عتقه فذلك يلزمه اذا أمضاه بعد رشده (مسئلة) وأما عتق السفيه أم ولده فقد روى ابن المواز أجمع مالك وأصحابه ان عتق السفيه لأم ولده لازم جائز وروى ابن سحنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع أن عتقه أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه ووجه القول الأول انه ليس له فيها الا الاستمتاع فجازت ازالته كالطلاق ووجه القول الثانى انه عتق فلم يصح منه كعتق عبده (فرع) فاذا قلنا يلزمه العتق فيها فهل يتبعها مالها قال ابن القاسم ولا يتبعها مالها الا التافه قال سحنون كان تافها أو غير تافه وفى العتبية والموازية لأشهب عن مالك يتبعها مالها ان لم يستثنه وجه القول الأول انه سفيه فلا سبيل له الى ازالة ملكه عن ماله بالقول بغير عوض ووجه القول الثانى ان المال تبع لازالة ملكه من الرقبة فاذا صح ازالة ملكه عن العين تبعها المال كما لو طلق ويبقى المهر للزوجة ولان المال انما كان لأم الولد ولم ينتزعه بالعتق

﴿ ما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

ص ﴿ مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لى كانت ترعى غنما لى فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بنى آدم فلطمت وجهها وعلى رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت فى السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان على رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ﴾ ش قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى فأسفت عليها يريد غضبت عليها قال عيسى فى قوله تعالى فلما آسفونا انتقمنا منهم معناه أغضبونا وقوله وكنت من بنى آدم يعنى انه يدركه من الغضب ما يدركهم وقوله

﴿ ما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

* حدثنى مالك عن هلال ابن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله ان جارية لى كانت ترعى غنما لى فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بنى آدم فلطمت وجهها وعلى رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت فى السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يارسول الله ان على رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها

فلطمت وجهها وعلى رقبة يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه اياها ان كان قد شج وجهها ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أو غيرها فأراد أن يخصها بالعتق فى ذلك لما قدناله من اذلالها وسؤال النبى صلى الله عليه وسلم لها عن معانى الايمان يقتضى ان الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الايمان لان العتق للتمثيل لا يعتبر فيه الايمان

(فصل) وقوله للجارية أين الله فقالت فى السماء لعلها تريد وصفه بالعلو وبذلك يوصف كل من شأنه العلو فيقال مكان فلان فى السماء بمعنى علو حاله ورفعته وشرفه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لها من أنا فقالت رسول الله يقتضى أن الايمان لا يتبعض ولا يصح الايمان بالله مع الكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها يقتضى ان الايمان يحصل بالاقرار بذلك والاعتقاد وان لم يقترن بذلك نظر ولا استدلال * قال القاضى أبو جعفر وفى الحديث الثانى ان السائل قال ان على رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فسألها النبى صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا اله الا الله قالت نعم قال أفتشهدين أن محمدا رسول الله أفتوقنين بالبعث بعد الموت فلما قالت نعم قال اعتقها وذلك يقتضى انه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسألها عن نظر واستدلال وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين فاذا أقر بهما حكمنا بايمانه ولم نسأله عن نظره واستدلاله وان كنا نأمره بذلك ونحضه عليه بعد ايمانه وترجم مالك على هذين الحديثين بما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة فاقتضى ذلك تأويله فى العتق المذكور فى الحديث انه عتق واجب وانه غير معين وقد تقدم وصفنا لما يجزئ من ذلك مما لا يجزئ فى كتاب الايمان والنذور والله الموفق للصواب ص ﴿ مالك أنه بلغه عن المقبرى أنه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزئ عنه * مالك أنه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصارى وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه ﴾ ش قوله ولد الزنا يجزئ عتقه عن الرقاب الواجبة يريد أن من وجب عليه عتق رقبة لكفارة أو نذر أو غير ذلك فانه يجزئه أن يعتق فى ذلك ولد زنا لان ذلك النقص لا يختص به وانما يختص بنسبه وذلك غير مؤثر فى العتق كما لو كان أبواه مجوسيين وقال زيد بن أسلم هو خير الثلاثة لم يعمل سوأ قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وقال ربيعة انى أجد فى الاسلام شأنه تاما وقد روى فى العتبية أشهب عن مالك أحب الى أن لا يعتق ولد الزنا فى الرقاب الواجبة والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت فى الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذى يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع من ثمنها للذى يشترط من عتقها ﴾ ش وهذا على ما قال ان من كانت عليه رقبة واجبة عن كفارة أو نذر لانه لا يجزئه أن يشتريها بشرط العتق لما احتج به لانه يحط عنه من ثمنها لما شرط عليه من عتقها فلم يعتق رقبة تامة ووجه آخر ان العتق لا يوقعه وحده بل يوقعه معه من شرط عليه وروى عن عيسى فى المدنية سألت ابن القاسم عمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أرأيت ان أعتقها فقال ان كان المبتاع عالما بأن ذلك لا ينبغى فعليه

* وحدثنى مالك انه بلغه عن المقبرى انه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزى عنه * وحدثنى مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الانصارى وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه

﴿ مالا يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا قال مالك وذلك أحسن ما سمعت فى الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذى يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لأنه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لأنه يضع من ثمنها للذى يشترط من عتقها

عتق رقبة أخرى وان كان جاهلا لا علم له نظر فان كان اشتراها بقيمتها دون نقص فلا شئ عليه وان كان وضع له من الثمن شئ لم يجزه وعليه رقبة أخرى لانه لم يعتق رقبة تامة قال عيسى وبلغنى عن ابن كنانة انه قال ان كان جاهلا لم يؤمر بالاعادة وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع لا يجزئه وجه قول ابن القاسم مراعاة الخلاف وانه من اعتقد فى ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزى ففعل ذلك فقد دخل على أنها لا تجزئه ومن كان يعتقد اجزاء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينكر عليه ما اعتقده ووجه قول ابن نافع ان الحكم فى الأمور الدينية العامة انما تجرى على قول المفتى والحاكم فيلزم ذلك سائر الناس بالفتوى ان استفتوه وبالحكم بذلك اذا كان مما يفتقر الى حكم حاكم وقد روى ابن المواز عن مالك انه اختلف قوله فيمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق عليه وان كره قال أبو محمد يريد ولا تجزئه عن الواجب اذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك فقال لا يعتق عليه الا أن يشتريه على ايجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والايجاب على أنه حر لا على أن يعتقه فوجه القول الاول انه عقد بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم فوجب أن يلزمه كما لو شرط زيادة فى الثمن أو عملا ولان المشترى ملك العبد بهذا الشرط وعلى هذا الوجه فليس له الانتقال الى غيره ووجه القول الثانى أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته ثم يستأنف بعد ذلك العتق ووجوب العتق ينافى تقرر الملك فلذلك كان له الامساك عن العتق ولان البائع علق العتق بفعل المشترى ولم يشترط وقوعه بنفس الملك فاقتضى ذلك أن يكون موقوفا على اختيار المشترى ومختصا بايقاعه دون ايقاع غيره (فرع) واذا قلنا ان للمشترى الامتناع من عتقه فلا يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فان قام عليه فان له أن يطلبه بالعتق أو الرد قاله ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطا جائزا كان له أن يطلب به فاما أن يوفيه اياه واما أن يترادا البيع (فرع) وهذا اذا كان العبد بعينه وقام الغرماء بقرب البيع فان أدركه عيب وذلك بقرب البيع بأيام يسيرة فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذه بعيبه أو يترك شرطه وقال ابن القاسم ان مات بقرب البيع فان أدركه عيب أو دخله عيب مفسد فلا شئ على المبتاع واما ان مضى للبيع شهر فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط ان لم يكن للبائع علم بترك المبتاع العتق ومثله قال ابن القاسم فى وجوب القيمة لمضى الشهر ووجه ذلك انه لما كان للمشترى أن ينفذ العتق أو يمسك عنه وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك فكان البيع وقع على الخيار من هذا الوجه فما أصابه فى مدة الخيار المطلق فهو من البائع ان اختار ارتجاع العبد والبائع على خياره فى امضاء البيع أو رده فان مضت مدة لا يصح فيها الخيار فى الرقيق فان علم البائع بترك المبتاع العتق ولم يعترض منه المدة فقد لزمه البيع وبطل شرطه من العتق ولا شئ له من زيادة القيمة ولا يلزم المبتاع عتقه قال ابن القاسم فان لم يعلم فهو على شرطه ولما فات ارتجاع العبد بما دخله من العيب فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق وهذا اما كانت القيمة أكثر من الثمن فان كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البائع لان المشترى قد رضى بذلك الثمن بالشرط فلا يحط عنه وقد سقط الشرط (فرع) واذا فات العبد عند المشترى ولزمته قيمته لعيب حدث به بعد شهر أو طول زمان فأعتقه حينئذ المشترى عن ظهار أو عتق واجب أجزأه ان كان العيب الذى حدث به لا يمنع الاجزاء والطول المعتبر فى ذلك السنة والسنة ونصف والسنتان أبين فاذا أعتقه بعد ذلك المشترى لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن التغيير الظاهر

في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضي فوات العبد عند المشتري فاذا كان البائع لم يعلم بترك العتق لزم المشتري قيمته دون شرط وتقرر ملكه عليه سالما من الشرط فاذا أعتقه حينئذ عن ظهار أو أمر واجب أجزأه (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتر على بيع البراءة ولا يشتر بعهدة الثلاث رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان العهدة انما هي ليعلم سلامته من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يحتج اليها فيما يشترى للعتق وقد قال مالك فيمن أوصى بعتق عبد بعينه فمرض العبد مرضا شديدا انه يعتق اذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط انه يعتقها ﴾ ش وهذا على ما قال انه من اشترى رقبة تطوع بشرط العتق أجزأه ذلك لان الرقبة لم تلزمه بعد وانما هو متبرع بعتق ما ملك منها سواء كان ذلك جميعها أو بعضها ومن أمر غيره أن يشترى له رقبة يعتقها لتطوع وقدر له ثمنا فزاد المأمور له في ثمنها (١) (مسئلة) والموصى اذا اشترى رقبة التطوع واشترط العتق لم يضمن اذا كان الثمن مبلغ وصيته قاله مالك ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا الرقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام ﴾ ش وهذا على ما ذكر انه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودي ولا نصراني ولا يعتق الا مؤمن لان الله تعالى قال في كتابه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فقيدها بالايمان ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة القتل غير ما روي عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان عتق رقبة غير مؤمنة وقد تقدم ذكره (مسئلة) وأما من يجبر على الاسلام من أهل الكفر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان أعتق عن ظهاره من يجبر على الاسلام قبل أن يسلم أجزأه وقال أشهب لا يجزئه حتى يجيب اليه أو يثنه ونحوه ومن عرف القبلة أحب الينا ومعنى قوله أن لا يقر على الاسلام يريد أهل الأوثان فانه لا يقر في الاسترقاق عنده على دينه وجه قول ابن القاسم انه لما كان لا يقر على دينه ويحمل على الاسلام وكان الغالب من جميعهم الدخول في الاسلام كان له حكم المسلم لانه لا يقر على سواه ووجه قول أشهب انه لم يظهر الرضا بالاسلام والميل اليه فليس له حكم الاسلام لجواز أن يرضى بما يلقى التمسك بدينه فاذا أظهر الاسلام يريد أظهر الاجابة اليه فانه مسلم وان لم يتلفظ بذلك لان الايمان انما هو التصديق بالقلب قال محمد وهذا أحسن وهو معنى قول مالك في الأعجمي من قصر النفقة يعني من أسلم أحب الينا ممن صلى وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه وأما قبل أن يسلم فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رب السوداء أن يعتقها حتى أقرت بالايمان وعرفته وقول محمد وعرفته ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه اقرارها به وانما فيه ما يدل على ذلك (مسئلة) ويجوز عند ابن القاسم عتق الصغير وأبواه كافران اذا كان يريد ادخاله في الاسلام رواه عنه ابن المواز والذي يقتضي مذهبه في المدونة انه لا يجزيه لانه قال لا يصلى عليه حتى يفهم ويجيب الى الاسلام واذا حكمنا له بحكم الاسلام لاعتقاد سيده ادخاله في الاسلام فيجب أن يصلى عليه ويدفن مع المسلمين وهذا انما يعرف من مذهب ابن الماجشون

* قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها * قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة انه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا الرقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام

﴿عتق الحي عن الميت﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الانصاري ان أمه أرادت أن توصي ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها ان أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمي هلكت فهل ينفعها أن اعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثني مالك عن يحيى ابن سعيد انه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم نامه فاعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة * قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في ذلك

(فصل) وقوله ولا يعتق فيها مكاتب عتق المكاتب على ضربين أحدهما أن يكاتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثاني أن يشتري مكاتبا ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذي يعتقه بعد مكاتبته فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزي في الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى أجل ولا معتق بعضه ولا ممثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسيد رده فليس له صرفه الى وجه آخر وجب عليه (مسئلة) وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره فان كاتبه غيره فاشتراه هو ثم أعتقه عن ظهاره فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا يجزئه في قول مالك الأول الذي قال يرد عتقه وينقض البيع وبه قال أشهب وفي قوله الآخر يجزئه لانه جعل عتقه فوتا ولم يرده قال ابن المواز وهذا أحب الي قال ابن القاسم وأما اعتقه لمكاتبه فلا يجزئه (مسئلة) ومن ابتاع مدبرا كذبه البائع تدبيره فأعتقه عن واجب أجزأه قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسئلة) ولا يجوز في الرقاب الواجبة عتق عبد مرتهن بيمين قاله أصبغ في الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه قد لزمه عتق لا يقدر على ازالته عنه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه الى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال لله علي عتق عبدي ميمون ثم أعتقه عن ظهاره فانه لا يجزئه عن ظهاره ولا شئ عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره وقد فات بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى زوجته فأعتقها عن واجب فان لم تكن حاملا منه أجزأته وان كانت حاملا منه لم تجزه لانها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم في العتبية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون به أم ولد وتجزئه ان كانت بينة الحمل فان شك فيها انتظر فاذا وضعته لاقل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته وان وضعته لاكثر لم تجزئه لانها بعد الشراء حملت به وقد تقدم توجيه ذلك والله الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا بأس أن يعتق اليهودي والنصراني والمجوسي تطوعا يريد ابتداء من لم يلزمه عتق أولزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الايمان قال لان الله تعالى يقول فاما منا بعد وأما فداء والمن العتاقة وهذا كلام فيه تجوز لانه وان كانت العتاقة نوعا من المن الا أن اسم العتق أخص بما تقدم الملك عليه واسم المن أخص بما من عليه قبل تقرير الملك وذلك أن أصحابنا قالوا ان الامام في الاسرى مخير بين خمسة أشياء القتل والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقد الذمة

﴿ عتق الحي عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري أن أمه أرادت أن توصي ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمي هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم نامه فأعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت الي في ذلك ﴾ ش ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف في جوازه فأما عن الحي فقد قال مالك وابن القاسم من أعتق عن رجل فيما لزمه من واجب بأمره أو بغير أمره أجزأه وكذلك ان أطعم عنه أو كسا وذلك كتكفيره عن الميت وقال أشهب لا يجزئه بأمره ولا بغير أمره لان الأمر ممكن كما لو أعطاه على ذلك عوضا ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت

لواشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزأه مالم يوص الميت بعتقه عنه بعينه فلا يجزئه ولا يجزىء في الحي أن يشترى ويعتق عنه عن ظهاره من يعتق عليه بالملك (مسئلة) ولو أعطاه عوضا على أن يعتق عنه لم يجزه قاله مالك وابن القاسم ومعنى ذلك انه من باب الشراء بشرط العتق وقد قال مالك ان اشترى الوصي الرقبة الواجبة بشرط العتق ضمن ولم يجزه (مسئلة) وأما في التطوع فيشترى له من يعتق عليه في حياته والعتق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فمن أعتق عنه من مؤمن أو كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأما ان أوصى بذلك فقد قال أشهب ان اشترى الوصي في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك أو لم يعلم ومعنى ذلك ان كفرها عيب فيها فليس له وقد أوصى على الاطلاق الذي يقتضي السلامة أن لا يشترى له معيبا (فرع) ومن أعتقه رجل عن غيره في كفارة لزمته فولاؤه له

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا يقتضي الاعتبار بزيادة الثمن وقد يكون ذلك على وجهين أحدهما أن يزيد في الثمن على القيمة والثاني أن يزيد الثمن لزيادة القيمة فأما زيادة الثمن على القيمة فعندي انه لا اعتبار به الا أن يأبى أهلها من بيعها الا بزيادة على قيمتها ويرغب في عتقها لان الميت أوصى بذلك أو لمعنى يخصها (مسئلة) وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها فيعتبر به على كل حال لان النبي صلى الله عليه وسلم قد نص على ان أفضل الرقاب أغلاها ثمنا وقد قال ابن القاسم فيمن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدىء بأغلاهم ثمنا وهذا اذا كانت الرقبتان متساويتين في الاسلام والصلاح فان كانت احداهما مسلمة والثانية نصرانية وهي أكثرهما ثمنا فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك ان عتق الكثيرة الثمن أفضل وان كانت نصرانية. وقال أصبغ عتق المسلمة أفضل ولو كانتا مسلمتين واحداهما أصلح دينا وهي أقل ثمنا فالكثيرة الثمن أولى وجه قول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتبار غلاء الثمن لانه هو الذي يخرجه المعتق وأما الدين فانما هو شيء يختص بالرقبة ولذلك قدمنا الكثيرة الثمن على الأصلح دينا ووجه قول أصبغ حمله الحديث في غلاء الثمن على التساوى في الاسلام ولا اعتبار بزيادة الصلاح لانه لا تأثير له في المنع من اجزاء الرقبة الواجبة وللكفر تأثير في ذلك وقد روى عن ابن القاسم ان الرقبتين اذا تقاربتا في الأثمان بدأ بالأصلح وروى أصبغ عن ابن عباس انه سئل عن رقبتين احداهما لغية أيهما أفضل فقال أغلاهما ثمنا بدينار

﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدتها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها * وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه أعتق ولد زنا وأمه

﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدتها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

فأبوا عليّ الا أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها فأخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن ان بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب أهلك ان أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لاهلها فقالوا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق ﴾ ش قول بريرة كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية يقتضي ان الكتابة على النجوم جائزة وتكون الكتابة شيأ مقدرا وما يدفع منه في كل عام مقدرا وقولها فاعينيني دليل على جواز السعي وأخذ صدقات التطوع لتؤدي بها عن نفسها وأما الصدقات الواجبة من الزكوات فان مالكا قال ان أعطى منها ما يتم به عتق المكاتب فجائز وغيره أحب الي وأما ان يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه فلا وليس في قول بريرة فأعينيني ما يدل على زكاة ولا على غيرها وانما طلبت العون على الأداء

(فصل) وقول عائشة ان أحب أهلك ان أعدها لهم عدتها ويكون لي ولاؤك فعلت يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الاداء ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها لعجزها عن الأداء أو رجوعها الى الرق قال ابن مزين لعيسى كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة وهي مكاتبة فقال نحمله على انها عجزت وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع فأما شراء المكاتب فاختلف فيه قول مالك فقال مرة ان فات بالعتق لم يرد وقال مرة يرد وينقض البيع وجه القول الأول ان العتق البتل أقوى من الكتابة ووجه القول الثاني ان العتق انما يترتب على صحة البيع والبيع لا يجوز لان فيه نقضا للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم ولا ينتقض الا بالعجز عن الأداء وأما حمل اللفظ على العجز عن الأداء فيحتمل أن يعجز عنه فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها فخرجت تسعى في أداء نجمها فاختارت عائشة أن تترك السؤال وترضى بالعجز لتشتريها فتنفذ عتقها فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها لانها ربما عجزت عما بقي من نجومها بالمكاتبة فيكون ذلك وان أرادت النجم الذي حل باعطاء من عائشة أو غيرها ثم ربما ان كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الاداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون اذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع أو على ما ظننت انها لا يثبت لها الا بالشرط

(فصل) وما ذكرت ان أهلها أبوا الا أن يكون لهم الولاء يحتمل من جهة اللفظ انهم انما أرادوا بيع الكتابة لا بيع الرقبة وذلك ان بيع الكتابة يقتضي بقاء الرقبة والكتابة تقتضي أن يكون الولاء لمن كاتبه ويحتمل أنهم قد أرادوا بيع الرقبة اما مع بقاء الكتابة واما بعد فسخ الكتابة الا انهم اعتقدوا ان اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك وهذا هو الأظهر من الحديث لما قضى بالولاء لعائشة رضي الله عنها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء ظاهره اشتراطه البائع وقال أبو جعفر

فأبوا عليّ الا أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها فأخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق * وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق * وحدثني مالك عن يحيى ابن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب أهلك ان أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا لا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق

ابن القاسم معنى ذلك اشترطى عليهم الولاء لنفسك وان لهم بمعنى عليهم وهذا غير صحيح فان في رواية ابن عمر في هذا الحديث انهم أبوا الا أن يكون لهم الولاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق ثم بين ذلك بقوله مابال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل من اشترط شرطا ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وذلك يقتضي أنهم وان اشترطوا الولاء لأنفسهم في البيع فان اشتراط ذلك لا ينفع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله يعني ما أمر به وشرعه أحق وأوثق وانما الولاء لمن اشترط الولاء بالعتق لا بالشرط * وقد روى في المزنية عيسى عن ابن القاسم في مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه ويكون الولاء لمن باعه فقال الولاء لمن أعتقه والشرط باطل وقد قال سحنون في كتاب ابنه انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بشراء بريرة ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة يريدون ولكن بعد الاعلام لهم بوجه الحكم في ذلك مع الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال انى لانسى أوانسى لاسن يريد ان الفعل أثبت في النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال اشترطى لهم بمعنى عليهم وقال ماعلمت من قاله

(فصل) وقوله فانما الولاء لمن أعتق قال سحنون معناه من أعتق عن نفسه لانهم أجمعوا ان الوصية بعتق عن الميت فان الولاء للميت وروى ابن سحنون عن أبيه من أعتق عبده عن غيره فولاؤه للغير وان كره * قال القاضي أبو محمد سواء أعتق عنه باذنه أو بغير اذنه وقال أبو حنيفة والشافعي الولاء للمعتق اذا أعتق عنه بغير اذنه ودليلنا على ماقدمناه ان الولاء معنى يورث به على وجه التعصيب فلا يفتقر حصوله لمن حصل له الى اذنه كالنسب ودليل آخر ان الولاء تعصيب ثبت بالاذن فوجب أن يثبت بغير اذن أصل ذلك الرجل يعتق عبده فيثبت ولاؤه لعصبته وان كرهوا ذلك (مسئلة) ومن هذا الباب عندى من يعتق في الزكاة ان الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق لانه لم يعتق عن نفسه وانما أعتق عن غيره فقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق محمول على عمومه الا انه خص منه المعتق عن غيره وقد روى عنه ان الولاء لمن أعطى الورق وقد يكون في الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق وأما العتق في الكفارة فولاؤه للمعتق لانه أعتق عن نفسه (مسئلة) ومن أعتق مدبره عن فلان فالولاء للمعتق قاله ابن القاسم في العتبية والموازية قال عنه عيسى ولا أحب ابتداء ذلك ومعنى ذلك ما فيه من اتمام نقل الولاء عن المدبر قال عيسى قيل لابن القاسم فالمكاتب مثله قال ما أشبهه به يريد ان من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة ولا يقدر أن يفسخ بمال وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد وهذا في البيع بشرط العتق لانه لم يسوغه نقض عقد الكتابة وقد قال عنه أصبغ في المدبر يبيعه من غير شرط فيعتقه المبتاع ان الولاء للمبتاع لانه قد سوغه باطلاق البيع الملك الذى يبطل الولاء فاذا فات رد البيع بالعتق والولاء للمبتاع المعتق (مسئلة) ومن أعتق أم ولده عن أجنبي فولاؤه للمعتق وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ الولاء للبائع والعتق ماض كانوأعطاه مالا على العتق وروى عن سحنون العتق باطل وترد الى سيدها أم ولد وجه القول الأول ما أشار اليه من أن بيعها ممن يعتقها وان كان لفظه لفظ البيع فان معناه أن يعطيه المبتاع مالا على ان يعجل عتقها وذلك جائز فيحمل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ ووجه القول الثانى ان العقد انما باشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع فاذا أبطل البيع بالشرع في أم الولد لم يصح العتق لانه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع (فرع) فاذا

قلنا ينفذ العتق فان المال سائغ للبائع وروى ابن الماجشون الولاء للبائع والعتق ماض ويرد الثمن وجه القول الأول ماتقدم من انه بمنزلة اعطاء المال على تعجيل العتق وذلك جائز ووجه القول الثاني ان العتق لما وقع باذن سيدها نفذ بمنزلة من أذن لرجل في أن يعتق أمته ولما بطل البيع رد ماتعلق به من الثمن لانه انما أخذه على وجه الثمن ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ﴾ ش نهيه عن بيع الولاء وعن هبته أصل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبة اذا ثبت بعتق أو بعقد لازم يقتضي العتق فانه لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق يريد أن الولاء انما ثبت لمن أوقع العتق عن نفسه وقال العلماء ان معناه اذا أوقع عنه العتق غيره ومن ابتاع الولاء بعد ثبوته أو هبته فليس بمعتق ولا معتق عنه وأما انتقال الولاء بالمواريث والجد فمن باب ميراث الحقوق بسبب المعتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل وانما هو باق كالنسب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن باع ولاء معتقه فقد قال الشيخ أبو اسحاق يبطل بيعه ويرد الثمن على المبتاع ولو وهبه لم تمض هبته وكان الولاء له لا للموهوب له قال لان الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب قال وقد روى عن بعض الصحابة اجازة هبة الولاء والدليل عليه ما تقدم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ص ﴿ قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أنه يوالي من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالي من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيده أن يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالي من شاء فتلك الهبة ﴾ ش قوله ليس للعبد أن يبتاع نفسه من سيده على أن يوالي من شاء صحيح لانه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لزيد أو لعمرو أو لمن يختار العبد وقال صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق وقد قال العلماء معناه أو أعتق عنه وهذا الذي يختار العبد موالاته في المستقبل لم يعتق ولا أعتق عنه ونهى أيضا صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وما يختار العبد من صرف ولائه الى من شاء اذا لم يكن العتق فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق عنه الى من يختاره العبد ببيع أو هبة لانه لم يثبت له ابتداء وكلا الوجهين ممنوع لنهيه صلى الله عليه وسلم عنهما وفي الزانية سألت عيسى عما كره مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالي من شاء أرأيت ان وقع ذلك أيكون له أن يوالي من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

﴿ جر العبد الولاء اذا أعتق ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم بل هم موالينا فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم ﴾ ش قوله ان الزبير اشترى عبدا له بنون من امرأة حرة فأعتقه فقضى له عثمان بولائهم قال ابن سحنون عن أبيه قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم ان ولد المرأة الحرة المعتقة ولاؤه لموالي أمه ما كان أبوه عبدا فاذا اعتق جره الى مواليه وان كانت عربية فولاؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه فعلى هذا في مسئلة الزبير كانت زوجة العبد مولاة فكان ولايتهم لموالي أمهم فلما أعتق الزبير أباهم رأى انه قد جر ولاءهم وصاروا موالي له قال ابن المواز عن مالك ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة يريد انه بنفس العتق ينجر الولاء ولا يفتقر الى

* مالك عن عبد الله ابن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على انه يوالي من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالي من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيده أن يشترط ذلك له وان يأذن له أن يوالي من شاء فتلك الهبة

﴿ جر العبد الولاء اذا أعتق ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فاعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم بل هم موالينا فاختصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم

حكم ولا رضا أحد وقال مالك في العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد مريضا مرضا شديدا فأعتق غدوة ومات عشية اذا ناله العتق حيا ووجه ذلك ان الولاء يثبت بنفس وجود سببه بعد ثبوته لغير من يجره اليه كابن الملاعنة يثبت ولاؤه لموالى أمه ان كانت مولاة فان أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء اليه فورثه (مسئلة) ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه فعتق عليه كان ولاء أبيه له يجره الى موالى أمه رواه في العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا الا ابن دينار فانه قال هو كالسائبة وولاؤه للمسلمين وجه قول مالك ان الأب لما أعتقه ابنه كان ولاؤه له ولم يثبت له ولاء الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجر ولاء فيثبت ولاء الأب لجماعة المسلمين ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبد له ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد ان مات أبوهم وهو عبد لم يعتق فولاؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة من الموالى ينسب الى موالى أمه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلوا عنه فان اعترف به أبوه ألحق به وصار ولاؤه الى موالى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الحد * قال مالك وكذلك المرأة الملاعنة من العرب اذا اعترف زوجها الذى لاعنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأمه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاعنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لانه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبه صار الى عصبته ﴾ ش قول ابن المسيب في عبد له ولد من امرأة حرة ان مات أبوهم عبدا فولاؤهم لموالى أمهم ظاهره انهم ولدوا بعد عتق الأم لانه شرط في ذلك أن يموت أبوهم عبدا لان هؤلاء لو أعتق أبوهم لجر الولاء ولو ولد هؤلاء في حال رق أمهم فنالهم الرق ثم عتقوا مع أمهم أو أفردوا بالعتق حال الحمل أو بعد الولادة فان ولاءهم يكون لمن أعتقهم سواء بقى أبوهم على حال الرق أو انتقل بالعتق الى حرية ولا يجر ولاءهم لان الولاء الثابت بالعتق لا يجره عتق أب ولا شئ وانما يجر ولاء ثبت بالولادة دون العتق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة ينسب الى موالى أمه فان اعترف به أبوه لحق به وصار ولاؤه لموالى أمه به يريد انه اذا كانت أمه مولاة لقوم وبطل نسبه من أبيه وهو مولى باللعان صار ولاؤه لموالى أمه فان اعترف به أبوه رد ولاؤه الى مواليه فجعل اللعان كحال كون الأب عبدا وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب من العتق فيجر به ولاء أبيه الى مواليه

(فصل) وقوله وكذلك اذا كانت أمه من العرب فيعرف زوجها فالولد مثل ذلك يريد ان نسب الابن يرجع بالاعتراف الى نسب الأب الا ان ابن العربية اذا ورث ذوى الفروض حقوقهم وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين وولد الملاعنة يرث موالى أمه الباقي وذلك ان الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث فبقاء موالى الأب في ذلك المولى بمنزلة بقاء عصبة الأب في العربى والله أعلم وقال ابن مزين سألت عيسى عن تفسير قول مالك في ولد الملاعنة العربية وولد الملاعنة المولاة يرث أمه واخوته لأمه حقوقهم ويرث بقية ميراثه موالى أمه ولا يرث عصبة المرأة العربية بقية الميراث فقال عصبة المرأة العربية اخوال ولدها وكذلك لو كان للمرأة اخوة لكانوا أخوالا لا يرثون ويكون بقية ميراث ولدها لمواليها فان لم يكن لها موال فلجماعة المسلمين وأما موالى الأم فانهم انما يرثون بالولاء ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر ان الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم ما دام أبوهم عبدا فان أعتق أبوهم رجع الولاء الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان كان العبد له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

وهو عبد لم يعتق فولاؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة من الموالى ينسب الى موالى امه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلوا عنه فان اعترف به أبوه الحق به وصار ولاؤه الى موالى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الحد قال مالك وكذلك المرأة الملاعنة من العرب اذا اعترف زوجها الذى لاعنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لامه لعامة المسلمين ما لم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاعنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبة فلما ثبت نسبه صار الى عصبته * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر أن الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم ما دام أبوهم عبدا فان عتق أبوهم رجع الولاء الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للجد وان العبد كان له ابنان حران فمات أحدهما وأبوه عبد

جر الجد أبو الأب الولاء والميراث ﴾ ش ومعنى ذلك ان الجد يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه ما كان الأب عبدا قال ابن المواز مات أو عاش ووجه ذلك ان جر الولاء معنى يختص بالابوة ولا يشارك فى ذلك الأب غير الجد قال سحنون عن ابن الماجشون وكذلك أبو الجد اذا كان حرا وكان الجد وابنه عبدين فانه يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه حتى يعتق الجد فينتقل الولاء الى موالى الجد أو حتى يعتق الأب فينتقل الولاء الى مواليه وان مات الأب عبدا ثبت الولاء لمن جره اليه الجد قال فى كتاب ابن المواز ولا ينقل أحد من القرابات الولاء الا الأب

(فصل) وقوله وان كان للعبد ابنان حران وأب فمات أحد الابنين جر الجد الولاء والميراث يريد ان الأب ما دام عبدا لا يرث ولا يجر ولاء ولا يحجب فمن مات من ولده فالجد أبو الأب يجر ولاء الميت لأن الأب عبد والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء والأخ لا يجر ولاء ص ﴿ قال مالك فى الأمة تعتق وهى حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل ان تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء ما كان فى بطنها للذى أعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذى تحمل به أمه بعد العتاقة لأن الذى تحمل به أمه بعد العتاقة اذا عتق أبوه جر ولاءه ﴾ ش وهذا على ما قال ان من أعتق أمته وهى حامل وزوجها حين أعتقها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء الولد يثبت لموالى أمه لا يجره أبوه اذا اعتق قال سحنون عن ابن الماجشون وذلك اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم فان ولدته لستة أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد يريد وليست بظاهرة الحمل والزوج مرسل عليها فان الأب يجر ولاءه الى معتقه ووجه ذلك ان الولد اذا مسه الرق فعتق فان ولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعتق ولا ينتقل عنه بجر أب ولا غيره والذى يعلم به انه قد مسه الرق ان تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل أو يكون زوجها ممنوعا منها لا يصل اليها فههنا ثبت ولاء ما وضعته لسيدها لأنه يعلم انها حملت به قبل أن تعتق فقد مسه رقه وعتق بعتقه فثبت ولاؤه له ثبوتا لا ينتقل عنه وانما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق وانما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق فيجر ولاءه الى مواليها لأن الأب عبد لا مدخل له فى الولاء فاذا اعتق الأب بعد ذلك ذلك جر ولاء ابنه لأن الولاء ثابت فى الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى فى جر الولاء من جنبة الأم (مسئلة) ولو ادعى معتق الأب انها حملت به بعد العتق وقال سيد الأمة انها كانت حاملا يوم العتق فعتق الأب مصدق قال أشهب لأن الظاهر انها ولدته وهى حرة وانما شك فى وقت الحمل وذكر فى كتاب محمد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تزوج مدبرة فمات السيد وقد ولدت أولادا وهى حامل يوم موته فولاؤهم لمن يعتق فى ثلثه وان كان زوجها عبدا ثم أعتق لم يجر ولاءهم الا ان تحمل بهم بعد موت سيدها قاله أصبغ فى الموازية ووجهه ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك فى العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذى أعتقه وان عتق ﴾ ش وهذا على ما قال ان العبد اذا أعتق عبده لم يخل ان يعتقه باذن سيده أو بغير اذنه فاذا أعتقه باذنه ثبت ولاؤه للسيد لأنه هو المعتق ثم ان أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء لأنه قد ثبت لسيده بالعتق فلا ينتقل عنه بحرية العبد المعتق واذا أعتقه بغير اذن سيده ثم علم به السيد فلم يجز ولم يرد حتى عتق العبد ففى الموازية ان ولاءه للعبد ووجه ذلك انه لم يوجد فيه من اذن السيد

جر الجد أبو الأب الولاء والميراث * قال مالك فى الأمة تعتق وهى حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء ما كان فى بطنها للذى اعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذى تحمل به أمه بعد العتاقة لأن الذى تحمل به أمه بعد العتاقة اذا عتق أبوه جر ولاءه * قال مالك فى العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان ولاء العبد المعتق لسيد العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذى أعتقه وان عتق

مايستحق به ولاءه كمالو لم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان أعتق أحدهم باذن السيد فى وقت للسيد انتزاع ماله فولاء ماأعتق للسيد ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق المدبر وأم الولد لأنه اذن فى العتق فى وقت كان له انتزاع المال كاذنه للعبد وان كان العتق باذن السيد فى وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض للسيد فان ولاء ماأعتقوه باذن السيد يرجع اليهم اذا اعتقوا وكذلك المعتق الى أجل فى قرب الأجل الذى يمنع انتزاع ماله وبعده الذى لا يمنع منه قاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف فى ولاء ماأعتق المدبر وأم الولد وأحب الى أن يكون للسيد وان مات من مرضه لا يرجع اليهما وان عتقا لانه كان له أخذ مالهما بسبب صحته ان صح يريد لانه لا يقطع عنه من مالهما ما يعجز عليه من الصحة وذلك يجعل الولاء له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان ولاء ماأعتقوه يكون لهم دون السيد ان لم يكن السيد استثنى مالهم وان استثنى مالهم بطل العتق ورقوا للسيد قاله كله فى الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان ولاء من أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد لهما دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك قال أصبغ الولاء لهما ولا يرجع الى السيد وقال محمد حكم ذلك حكم مالهما ان انتزعه فى مرضه فات رد عليهما وان صح فهو له فكذلك ولاء ما اعتقا باذنه مراعى على ماتقدم (مسئلة) وما أعتقه المكاتب ثم عجز فولاؤه للسيد ثم ان أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع اليه الولاء وذلك فى الموازية ووجه ذلك انه أعتق باذن سيده ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولاء اليه وان عتق كالعبد القن وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم فى المدبر وأم الولد يعتقان فى مرض سيدهما ثم يعتق السيد والله أعلم

﴿ ميراث الولاء ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضى بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعلة فهلك أحد اللذين لأم وترك مالا وموالى فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاء مواليه ثم هلك الذى ورث المال وولاء الموالى وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبى أحرز من المال وولاء الموالى وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالى فلا أرأيت لو هلك أخى اليوم ألست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالى ﴾ ش قوله ان عثمان رضى الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق ولا يجرى فى ذلك مجرى المال لان المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق ولذلك اذا مات أحد الأخوين الشقيقين ورثه أخوه شقيقه دون الأخ للاب وتعجل أخذ المال ثم لما مات الثانى من الشقيقين ورث بنوه ما انتقل اليه من المال ولم يرثوا الولاء لانه أمر باق بعد فمن مات من موالى أول الشقيقين موتا ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين لانه انما يعتبر فى الأحق به من كان أحق بعتقهم يوم موت الموالى ولا خلاف ان الأخ للاب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات المولى والله أعلم وأحكم وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الأخ الشقيق أولى بالولاء من الأخ للاب والأخ للاب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب وعلى هذا قال ابن المواز الابن

﴿ ميراث الولاء ﴾

* حدثنى مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبيه أنه أخبره أن القاضى بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعلة فهلك أحد اللذين لأم وترك مالا وموالى فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاء مواليه ثم هلك الذى ورث المال وولاء الموالى وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبى أحرز من المال وولاء الموالى وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالى فلا أرأيت لو هلك أخى اليوم ألست أرثه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالى

أحق الناس بولاء موالى أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أو للاب ثم ابن الأخ الشقيق أو للاب هما أولى من الجد وأما الأخ للام وابنه فلا حظ له فى الولاء والجد أولى من العم وجه تقديم الاخوة وبنى الاخوة على الجد فى الولاء بخلاف الميراث ان الميراث انما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض والاخوة وبنو الاخوة أثبت منهم فى التعصيب من الجد لانهم لا يرثون بفرض والجد يورث بالفرض مع انهم أقرب الى الميت من الجد لانهم يدلون بالبنوة والجد يدلى بالابوة والبنوة أثبت فى التعصيب من الأبوة

(مسئلة) واذا توفى رجل له عاصبان متساويان فى القعدد أحدهما أخ لأم ففى كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم هما سواء فى استحقاق ولاء مواليه وقال أشهب الأخ للام أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر للاب فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للاب

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم انه أخبره أبوه انه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بنى الحرث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بنى الحرث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالى فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها أحرزه فقال الجهينيون ليس كذلك انما هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهينيين بولاء الموالى * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال فى رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالى أعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد بن المسيب يرث الموالى الباقى من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد أخويه فى الموالى شرع سواء ﴾ ش قوله فى المرأة الجهينية التى توفيت عن مال وموال فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها أحرزه وقال الجهينيون هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا الولاء فقضى أبان بن عثمان بولائهم للجهينيين يريد ما قدمناه من ان الاعتبار فى الولاء لمن كان أحق به يوم موت الموالى وذلك ان الولاء بمنزلة النسب فاتقدم من ثبوت الولاء انما هو بمنزلة ثبوت النسب قد يكون اليوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب ثم ينقل الأمر فيكون غيره أحق به منه عند الميراث وقد يبعد عنه اليوم ويكون غيره أحق به ثم يكون عند الميراث وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى ثم يموت عن أخ وولد فالولد أقرب الى الموالى لانه أقرب الى المعتق فان مات الابن عاد القرب والحق للاخ فمن مات من الموالى بعد موت الولد ورثه الأخ دون ورثته لأنه انما ينظر الى استحقاق المال يوم مات الموروث لا يوم استحقاق سببه سواء كان ذلك بنسب أو ولاء وفى الموازية فى امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها وتركت موالى ثم مات الابن وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لان الخال عصبة أمه يريد انه أخوها ولما ماتت الأم كان الابن أقرب اليها من أخيها وأحق بميراث مواليها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث موالى المرأة لولدها الذكور وعقلهم على قومها واليهم ينسبون ولم يثبت له الولاء بموت ولاء من أعتق وانما يثبت له منه انه أحق به الآن من أخيها ولو ملكه ملكه أولا من أعتق لا ينقل عنه الى غيره فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن فلا مدخل له فيه لأنه لا نسب بينه و بين أم ابن أخيه فينجر اليه ولاء من أعتقت وقد قال أشهب فى هذه المسئلة وما ورث ابنها الولاء الا زحفا يريد انه ليس من قومها ولكنه لما كان الولد أقوى تعصيبا والولاء يختص بالتعصيب قدم على قومها فلما مات قدم أقرب قومها اليها

(مسئلة) ولو أن عبد الله ابن وابنة اشترياه فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبدا فمات الأب ثم مات مولاه فميراث الاب بينهما بالنسب وميراث المولى للابن وحده وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب قاله مالك

* وحدثنى مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم أنه أخبره أبوه أنه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بنى الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بنى الحارث ابن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالى فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالى قد كان ابنها احرزه فقال الجهينيون ليس كذلك انما هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهينيين بولاء الموالى

* وحدثنى مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب قال فى رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالى اعتقهم هو عتاقة ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد ابن المسيب يرث الموالى الباقى من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد أخويه فى الموالى شرع سواء

وابن الماجشون وهو في الموازية وكتاب ابن سحنون قالا لانه لا يورث بالولاء الا مع عدم النسب فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبد الله ولد حر ثم أعتق الأب عبيدا ومات فان الولد يرث الموالي دون من أعتق أباه لان وراثة الابن موالي أبيه وراثة بالنسب ما ثبت بالولاء ووراثة معتق الأب لموالي الأب وراثة بالولاء ما يثبت بالولاء وفي الكتابين ان مما يبين هذا انه لو كان موضع الابنة أجنبي لورث موالي الأب الابن دون الأجنبي لما قدمناه أن الابن يرثهم بالنسب والأجنبي يرثهم بالولاء

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي أو النصراني ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة فقال يوالي من شاء فان مات ولم يوال أحدا فميراثه للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة لا يوالي أحدا وأن ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴾ ش وهذا على ما قال انه قد يعتق الرجل عبده سائبة وروى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم أكره عتق السائبة لانه كهبة الولاء قال عيسى عنه أكرهه وأنهى عنه قال أصبغ وسحنون لا تعجبنا كراهته لذلك وهو جائز كما يعتق عن غيره يريد عن معتق (مسئلة) ومن قال لعبده أنت سائبة يريد العتق قال في العتبية أصبغ عن ابن القاسم هو حر وان لم يذكر الحرية ومن أعتق عبده سائبة فمعناه انه أعتقه عن جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وبه قال ابن القاسم ومطرف قال ابن حبيب عن ابن نافع وابن الماجشون وولاؤه لمعتقه وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه قال لا سائبة عندنا اليوم في الاسلام ومن أعتق سائبة فولاؤه له وجه القول الأول ان الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين ووجه قول ابن نافع ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الولاء لمن أعتق وهذا معتق ولانه لم يعتق عن معين فكان الولاء له كما لو أطلق العتق ص ﴿ قال مالك في اليهودي والنصراني يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودي أو النصراني الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجع اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه * قال مالك وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للولد النصراني أو اليهودي المسلمين من ولاء العبد المسلم شئ لانه ليس لليهودي ولا للنصراني ولاء فولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين ﴾ ش قوله في اليهودي والنصراني يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه يقتضي أنه يباع عليه ان لم يخرجه عن ملكه ووجه ذلك انه لا يجوز استرقاق كافر مسلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم أخو المسلم لا يثلمه ولا يظلمه وليس حين أثلمه له أعظم من أن يسلمه الى استرقاق الكافر

(فصل) وقوله وان ولاء العبد للمسلمين سماه عبدا على وجه التجوز ومعناه انه كان عبدا وانما هو الآن بعد العتق حر ولو كان عبدا لم يثبت له ولاء لورثه مولاه الكافر بحكم الرق وفي الموازية يرث المسلم عبد عبده النصراني أو المجوسي بالرق ولو أسلم عبد المجوسي ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق قال وكذلك مدبره وأم ولده ووجه ذلك انه ليس على معنى الميراث لانه لو كان على وجه الميراث

يوالي من شاء فان مات ولم يوال أحدا فميراثه للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة أنه لا يوالي احدا وأن ميراثه للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك في اليهودي والنصراني يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء للعبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودي أو النصراني الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجع اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه * قال مالك وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث موالي أبيه اليهودي أو النصراني اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلما لم يكن للولد النصراني أو اليهودي مع المسلمين من ولاء العبد المسلم شئ لانه ليس لليهودي ولا للنصراني ولاء فولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين

لكان أحق بميراثه من يرثه بالنسب والرق ينافى التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له

(فصل) وقوله وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا وذلك ان العتق وقع فى وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين لانه لا يثبت ولاء مسلم للكافر قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض فاذا أعتق الكافر المسلم ولم يصح ثبوت الولاء للكافر ولا بد من الولاء لم يكن له موضع يرجع اليه الا الى جماعة المسلمين فيثبت ولاؤه لهم لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض

(فصل) وقوله وان أعتق اليهودى أو النصرانى عبدا على دينه ثم أسلم المعتق ثم أسلم من أعتقه رجع اليه ولاؤه لانه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريد ان النصرانى ان أعتق عبده النصرانى فقد ثبت له ولاؤه لاتفاق الدينين فان أسلم أحدهما ثم مات المعتق لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين وذلك معنى يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الاسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتق لاجتماعهما فى الدين ولا يمنع من ذلك افتراقهما فى الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما فى الدين بعد ثبوت النسب اذا كانوا مسلمين يوم التوارث فالمراعى فى ثبوت الولاء يوم العتق أن يكونا على دين واحد لا يبالى أى دين كان من ايمان أو كفر والمراعى فى استحقاق الميراث ليوم الموت ان يكونا على دين الاسلام وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وانما يمنعه اختلاف الدينين

(فصل) وقوله وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المعتق قبل ان يسلم الذى أعتقه يريد ان الكافر اذا أعتق عبده الكافر ثبت له ولاؤه على ماتقدم فاذا أسلم المعتق بعد ذلك ثم مات ولمعتقه ولد مسلم ورثه الولد المسلم لأنه قد وجد حال العتق ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق والمعتق بدليل انه لو أسلم المعتق ثم أسلم المعتق ورثه ثم وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث وهو ولد المعتق ودين الموروث وكان المعتق لكفره لا يرث المعتق المسلم ولا يحجب أحدا عن ميراثه كما لو مات فان ولده يرث من ثبت له ولاؤه (مسئلة) ولو ان اليهودى أو النصرانى اتخذ أم ولد على دينه ثم أسلمت ثم أعتقها بعد الاسلام ثم ماتت ففى كتاب ابن المواز يرثها ولده المسلم لأنه كان يرجع اليه ولاؤها ان أسلم قال وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك فى نصرانيتهما والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان المعتق حين أعتق مسلما لم يرثه المسلم من ولد النصرانى واليهودى لأنه ليس لليهودى والنصرانى ولاء فولاؤه للمسلمين يريد انه ان أعتق النصرانى عبده المسلم ثم مات المعتق له لم يرثه المسلم من ولد النصرانى المعتق لأن الولاء لم يثبت للنصرانى على المسلم لاختلاف دينهما حين العتق فلما لم يثبت الولاء للنصرانى ثبت لجماعة المسلمين فاذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون لأن ولاءه لم يثبت (مسئلة) واذا أعتق المسلم نصرانيا فقد قال القاضى أبو محمد الولاء مراعى فان أسلم ثبت ولاؤه له وورثه وان مات النصرانى قبل ان يسلم فلا ولاء للمسلم عليه ولا يرثه وقال الشافعى ولاؤه ثابت ويرثه والدليل على ما نقوله ان الولاء معنى يتوارث به فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين كالنسب والصهر لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء أصل ذلك القاتل عمدا والله أعلم وأحكم

﴿ تم الجزء السادس من كتاب المنتقى * ويليه الجزء السابع وأوله القضاء فى المكاتب ﴾

﴿ فهرست الجزء السادس من كتاب المنتقى للإمام الباجي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾